

DIE RECHTSSTELLUNG DES ERWERBERS
BEI TREUWIDRIGEN VERFÜGUNGEN EINES TREUHÄNDERS

INAUGURAL - DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert - Ludwigs - Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Helmut von Kries
aus Göttingen

1965



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543106_0038

Druck und Schreibsatz: Andreas Funke, Offsetdruck,
34 Göttingen, Paulinerstraße 13
Eingang Gotmarstraße

DIE RECHTSSTELLUNG DES ERWERBERS
BEI TREUWIDRIGEN VERFÜGUNGEN EINES TREUHÄNDERS

INAUGURAL - DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Albert - Ludwigs - Universität

zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

Helmut von Kries

aus Göttingen



Referent: Professor Dr. von Caemmerer

Korreferent: Professor Dr. Stoll

Tag der mündlichen Prüfung: 23. November 1965

Gedruckt mit Unterstützung der "STIFTUNG VOLKSWAGENWERK"

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literaturverzeichnis	V
Verzeichnis amerikanischer Entscheidungen	XXIX
Abkürzungen	XXXI
<u>ERSTER TEIL:</u> Die gegenwärtige Rechtslage	1
I. Einleitung	1
1. Das Problem	1
2. Der Rahmen der Untersuchung	2
3. Erscheinungsformen fiduziarischer Treuhand	4
II. Das Ausmaß des derzeitigen Schutzes gegen treuwidrige Verfügungen eines Fiduziars	7
1. Das Fehlen dinglicher Ansprüche gegen den Erwerber	7
2. Der Schutz des Treugebers in Ausnahmefällen	13
a) Unwirksamkeit der Verfügung	13
b) Schadensersatzansprüche gegen den Erwerber	14
c) Einwendungen des Treugebers	24
3. Vorsorgliche Parteivereinbarungen zum Schutze des Treugebers	29
a) Resolutivbedingung	29
b) Vormerkung	31
c) Ausschluß der Abtretbarkeit	32

	Seite
III. Ermächtigungstreuhand und Stellvertretung	33
1. Der Schutz gegen treuwidrige Verfügungen bei der Ermächtigungstreuhand	33
2. Verwendungsmöglichkeiten der Ermächtigungstreuhand	35
a) Die Einziehungsermächtigung	35
b) Der Vergleichstreuhänder	44
3. Fälle umstrittener Verwendbarkeit	44
4. Grenzen der Verwendbarkeit	47
5. Die Stellvertretung	48
IV. Das Parallelproblem bei den Quasi-Treuhändern und bei den amerikanischen Trustees	50
1. Treuwidrige Verfügungen der deutschen Quasi-Treuhänder	50
2. Treuwidrige Verfügungen der amerikanischen Trustees	51
3. Die Behandlung treuwidriger Verfügungen bei einzelnen Quasi-Treuhändern und vergleichbaren amerikanischen Sachverhalten	54
a) Testamentsvollstrecker	54
b) Nachlaßverwalter und Nachlaßpfleger	63
c) Konkursverwalter	65
d) Vormund und Eltern	68
e) Vertretungsberechtigte Gesellschafter bzw. Gesellschaftsorgane	73
f) Quasi-Treuhändern mit zweckgebundener Rechtsmacht	78
g) Anhang: Der Verschuldensmaßstab	81
V. Ergebnis	83

	<u>ZWEITER TEIL: Lösungsvorschläge</u>	85
I.	Ansatzpunkt: Die Sonderstellung des Treugutes	85
II.	Wege zur Lösung	88
	1. Positive Kenntnis des Treubruchs	88
	2. Fahrlässige Unkenntnis des Treubruchs	93
	a) Der Vorschlag Hohes	93
	b) Die Mißbrauchslehre in der Praxis	94
	c) Die Mißbrauchslehre im Schrifttum	100
	d) Die Grundlage des Anspruches gegen D	105
	e) Die Übertragbarkeit der Mißbrauchslehre auf Treuhandfälle	108
	3. Unbewußt pflichtwidrige Verfügungen	111
	4. Unentgeltliche Verfügungen	115
III.	Dogmatische Orientierung	117
	1. Anlaß und Hindernisse	117
	a) Anlaß	117
	b) Der numerus clausus der Sachenrechte	119
	c) Die Bedeutung des § 137 BGB	120
	2. Anerkennung neuer dinglicher Rechte?	123
	a) Das besitzlose Pfandrecht	124
	b) Das dingliche Verwaltungsrecht	125
	c) Ein dingliches Recht des TG	127
	d) Geteiltes Eigentum	129

	Seite
3. Anderweitige Zulassung dinglicher Wirkungen	132
a) Die verdrängende Vollmacht	132
b) Dingliche Verfügungsbeschränkungen	137
c) Die Vermutung einer Resolutivbedingung	139
4. Ergebnis	142
IV. Die Erkundigungspflicht des Erwerbers	142
1. Die Erkennbarkeit des Treuhandverhältnisses	143
2. Die Erkennbarkeit der Befugnisse des TH	148
3. Die Erkennbarkeit der Pflichtwidrigkeit der Verfügung	152
V. Zusammenfassung	155

Literaturverzeichnis

- Aengenheister, Heinz Das Treuhandkonto,
Bonn 1933.
- Ahlbäumer, A. Treuhandverhältnisse im Steuerrecht,
Berlin 1935.
- Am.Jur. American Jurisprudence,
San Francisco, Calif. and Rochester, N.Y.
vol.13, "Corporations", 1938.
vol.21, "Executors and Administrators",
1939.
vol.25, "Guardian and Ward", 1940.
vol.40, "Partnership", 1942.
vol.54, "Trusts", 1945.
- Ammann, Fritz Treuhand und Grundbuch,
Diss.iur.Zürich 1945/46.
- Arnheim Anmerkung zu LG Berlin v.5.11.1932,
in: JW 1933, 642.
- Assfalg, Dieter Die Behandlung von Treugut im Konkurse
des Treuhänders,
Berlin-Tübingen 1960.
Wirtschaftliches Eigentum als Rechtsbegriff,
in: NJW 1963, 1582.
- Ballantine, Henry W. On Corporations, Revised Edition,
Chicago 1946.
- Bandasch, Georg Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
Neuwied - Berlin - Darmstadt 1960.

Bartholomeyczik, Horst	Erbrecht, Ein Studienbuch, 6.Aufl., München-Berlin 1964.
Baumann, Jürgen	Der strafrechtliche Schutz bei den Sicherungsrechten des modernen Wirtschaftsverkehrs, Münster 1956.
Baumbach-Duden	Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen, 16.Aufl., München-Berlin 1964.
Baumbach-Hefermehl	Wechselgesetz und Scheckgesetz, 7.Aufl., München-Berlin 1962.
Baumbach-Hueck	Aktiengesetz, 11.Aufl., München-Berlin 1961. GmbH-Gesetz, 11.Aufl., München-Berlin 1964.
Baumbach-Lauterbach	Zivilprozeßordnung, 27.Aufl., München-Berlin 1963.
Baur, Fritz	Lehrbuch des Sachenrechts, 2.Aufl. München-Berlin 1963.
Beitzke, Günther	Familienrecht, Ein Studienbuch, 12.Aufl., München-Berlin 1964.
Bley, Erich	Vergleichsordnung, Kommentar, 2.Aufl., Berlin 1955.
Blomeyer, Arwed	Allgemeines Schuldrecht, 3.Aufl., München-Berlin 1964.

- Böhle-Stamschräder
Konkursordnung,
7.Aufl., München-Berlin 1964.
Vergleichsordnung,
6.Aufl., München-Berlin 1965.
- Boehmer, Gustav
Einführung in das Bürgerliche Recht,
2.Aufl., Tübingen 1965
zit.: Boehmer, Einführung.
Grundlagen der Bürgerlichen Rechts-
ordnung,
Zweites Buch, Zweite Abteilung,
Tübingen 1952
zit.: Boehmer, Grundlagen.
- Bogert,
George Gleason
Handbook of the Law of Trusts,
Third Edition, St.Paul, Minn., 1952.
- Bolgar, Vera
Why no trusts in the civil law?
in 2 Am.J.Comp.L.204 (1953).
- Bott, Gerhard
Der Treuhänder als Mitglied von Per-
sonalgesellschaften,
Diss.iur.Hamburg 1959.
- Büchner, Rudolf
Die treuhandrechtliche Organisation
des Effektengiroverkehrs,
Frankfurt 1956.
- v.Caemmerer, Ernst
Bereicherung und unerlaubte Handlung,
in Festschrift f. Ernst Rabel,
Tübingen 1954, Bd.I, S.333
zit.: v.Caemmerer, Bereicherung.
Anmerkung zu BGH v. 2.11.1955,
in JZ 1956, 97.

- v. Caemmerer, Ernst Kapitalanlage- oder Investmentgesellschaften,
in JZ 1958, 41.
- Wandlungen des Deliktsrechts, in Hundert
Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift
zum hundertjährigen Bestehen des Deut-
schen Juristentages,
Karlsruhe 1960, Bd.II, S.49
zit.: v.Caemmerer, Wandlungen.
- Crane, Judson A. Handbook of the Law of Partnership,
Second Edition, St.Paul, Minn., 1952.
- Crome, Carl System des Deutschen Bürgerlichen Rechts,
Bd.1, Tübingen-Leipzig 1900.
- Crüger-Crecelius Das Reichsgesetz betreffend die Gesell-
schaft mit beschränkter Haftung,
6.Aufl., Berlin-Leipzig 1922.
- David, Heiner Der Schutz des Begünstigten in der Treuhand
nach englisch-amerikanischem Rechte,
(Züricher Beiträge zur Rechtswissenschaft,
Neue Folge, Heft 2)
Aarau 1926.
- Dempewolf, Guenter Der Rückübertragungsanspruch bei Siche-
rungsgrundschulden,
Berlin 1958.
- Dölle, Hans Neutrales Handeln im Privatrecht, in Fest-
schrift f. Fritz Schulz,
2.Bd., S.268, Weimar 1951.
- Dölle-Zweigert Kommentar zum Militärregierungsgesetz Nr.52,
Stuttgart 1947.

Drobnig, U..	Das Trust Receipt als Sicherungsmittel im amerikanischen und englischen Recht, in RabelsZ 26 (1961) S.401.
Düringer-Hachenburg- Flechtheim	Das Handelsgesetzbuch, 2.Bd., 2.Hälfte, 3.Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1932.
Egger, A.	Mißbrauch der Vertretungsmacht, in Beiträge zum Handelsrecht, Festgabe f. Carl Wieland, S.47, Basel 1934.
Endemann, F.	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2.Bd., 1.Abteilung, 8./9.Aufl., Berlin 1905. Anmerkung zu RG v. 29.6.1925, in JW 1926, 986.
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15.Aufl., Tübingen 1959 und 1960.
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958.
Enzykl. Lexikon	Enzyklopädisches Lexikon für das Geld-, Bank- und Börsenwesen, 2 Bände, Frankfurt 1957.
Erman, Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2 Bände, 3.Aufl., Münster 1962.

- | | |
|---------------------|--|
| Esser, Josef | Schuldrecht,
2.Aufl., Karlsruhe 1960.

Grundsatz und Norm in der richterlichen
Fortbildung des Privatrechts,
Tübingen 1956
zit.: Esser, Grundsatz und Norm. |
| Fleischmann, Rudolf | Zur Frage der Eintragung des Treuhänders
nach § 75 Abs.2 des Ausführungsgesetzes
zum Londoner Schuldenabkommen im
Grundbuch,
in NJW 1955, 609. |
| Flume, Werner | Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts.
2. Band: Das Rechtsgeschäft
Berlin-Heidelberg-New York 1965 |
| Formular-Komm. | Formular-Kommentar,
20.Aufl. des früheren "Formularbuchs
für die freiwillige Gerichtsbarkeit",
Zweiter Teil (Bürgerliches Recht)
Berlin-Köln 1960. |
| Friedmann, Alfred | Empfiehl sich eine gesetzliche Regelung
des Treuhandverhältnisses?
(Gutachten für den 36.Deutschen Juristen-
tag 1931),
in Verhandlungen des 36.Deutschen Ju-
ristentages, Bd.1, S.805. |
| Frieling, Günter | Mißbrauch der Vertretungsmacht,
insbesondere im Gesellschaftsrecht,
Diss.iur. Münster 1961. |
| Frohner, Günther | Aktiensonderdepot und Legitimations-
übertragung,
Hamburg 1929. |

Giehl	Der gutgläubige Mobiliärerwerb, - Dogmatik und Rechtswirklichkeit - in AcP 161 (1962) S.357.
v. Gierke, Julius	Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts, 4.Aufl., Berlin 1959. Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8.Aufl., Berlin 1958.
v. Gierke, Otto	Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetz- buches und das deutsche Recht, Leipzig 1889.
Godin-Wilhelmi	Gesetz über die Aktiengesellschaften u. Kommanditgesellschaften auf Aktien, 2.Aufl., Berlin 1950.
Großkomm. AktG	Aktiengesetz, Großkommentar, begr. v. Gadow, Heinichen u.a., 2.Aufl., Berlin, Bd.1: 1961, Bd.2: 1964 zit.: (Bearbeiter) in Großkomm. AktG.
Gubler, Friedrich	Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Instituts der angel- sächsischen Treuhand (trust)? (Gutachten für den Schweizerischen Ju- ristenverein), in Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd.73 (1954) S.215a.
Güthe-Triebe1	Grundbuchordnung, 6.Aufl., Berlin 1936-1937.
Hachenburg, Max	Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 6.Aufl., Berlin, Bd.1: 1956, Bd.2: 1959. zit.: (Bearbeiter) in Hachenburg, GmbHG

- Haegele, Karl
Der Testamentsvollstrecker,
Regensburg 1953.
Der Treuhänder im Grundbuchrecht,
in KTS 1960, 145.
Eigentumsvorbehalt, Sicherungsüber-
eignung,
3.Aufl., Herne-Berlin 1962
zit.: Haegele, Sicherungsübereignung.
- Haemmerle, Hermann
Empfiehlte sich eine gesetzliche Regelung
des Treuhandverhältnisses?
(Gutachten für den 36.Deutschen Juristen-
tag, 1931),
in Verhandlungen des 36.Deutschen Juri-
stentages, Bd.1, S.632.
- Hahn, C.
Die gesamten Materialien zu den Reichs-
justizgesetzen,
Bd. IV (Konkursordnung)
Berlin 1898.
- Hamburger, Max
Anmerkung zu RG v. 27.4.1931,
in JW 1931, 2238.
- Hammel, Ernst
Wann wirkt bei der Vertretungsmacht die
bloße Überschreitung des zwischen Vertreter
und Vertretenem bestehenden Innenverhält-
nis auf das Außenverhältnis zwischen Ver-
tretenem und Drittem ein?
in JW 1933, 2875.
- HaP
Handbuch der amtsgerichtlichen Praxis,
2.Aufl., Berlin-München,
Bd.V (Familienrecht) 1962
Bd. VI (Nachlaßrecht) 1960
zit.: Firsching in HaP.

Heck, Philipp	Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929. Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930.
Hedemann, Justus W.	Die Flucht in die Generalklauseln, Tübingen 1933.
Henke, Eberhard-Horst	Bedingte Übertragungen im Rechts- verkehr, (Prozeßrechtliche Abhandlungen, Heft 24), Berlin 1959.
Henke-Mönch-Horber	Grundbuchordnung, 8.Aufl., München-Berlin 1964.
Herschel, Wilhelm	Treuhänderische und stille Abtretung der Lohnforderung, in Betr. 1957, 773.
Heymann, Ernst	Trustee und Trustee-Company im deut- schen Rechtsverkehr, in Festschrift f.H.Brunner, Weimar 1910, S.473 (hier zitiert nach dem Sonderdruck, Weimar 1910).
Hildebrandt, Heinz	Wertpapierrecht, Allgemeiner Teil, (als Manuskript gedruckt), Berlin 1957.
Hintner, Otto	Artikel "Treuhandwesen", in Gablers Wirtschaftslexikon, Bd.II, S.1297, 5.Aufl., Wiesbaden 1962.
Hübner, Heinz	Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, Erlangen 1955.

- Hueck, Alfred Recht der Wertpapiere,
9.Aufl., Berlin-Frankfurt 1963
zit.: Hueck, Wertpapiere.
- Das Recht der Offenen Handelsgesellschaft,
3.Aufl., Berlin 1964
zit.: Hueck, OHG
- Hueck-Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts,
Berlin-Frankfurt,
1.Bd.: 7.Aufl. 1963, 2.Bd.: 6.Aufl.1957.
- Isele, Hellmut Georg Anmerkung zu BAG v. 2.12.1961,
in JZ 1962, 759.
- Jacobi, Ernst Wechsel- und Scheckrecht,
Berlin 1958.
- Jaeckel-Güthe Kommentar zum Zwangsversteigerungs-
gesetz,
7.Aufl., Berlin 1937.
- Jaeger Konkursordnung mit Einführungsgesetzen,
1.Bd., bearbeitet von Lent,
8.Aufl., Berlin 1958.
- Josef, Eugen Zur Bestimmung des Umfanges der
Vertretungsmacht des Vormundes,
in AcP 114 (1916) 382.
- Kersten-Bühling Formularbuch und Praxis der freiwilligen
Gerichtsbarkeit,
12.Aufl., Berlin-Köln 1963.
- Kiesow Die Genehmigung von obligatorischen
Verträgen, die für den Gemeinschuldner
vor Eröffnung des Konkurses ohne Vertre-
tungsmacht abgeschlossen sind,
in JW 1937, 1375.

- Kipp, Theodor Zur Lehre von der Vertretung ohne Vertretungsmacht,
in RG-Praxis II S.273,
Berlin-Leipzig 1929.
- Kipp-Coing Erbrecht,
11. Bearbeitung, Tübingen 1960
(die in Klammern angegebenen Fundstellen beziehen sich auf die 10. Bearbeitung von 1955).
- Klausing, Friedrich Fiduziarische Rechtsgeschäfte, einschließlich Sicherungsübereignung, in Rvgl HWB, 3.Bd. (Berlin 1931) S.368.
- Köhler, Otto-Adolf Findet die Lehre von der Einziehungsermächtigung im geltenden Bürgerlichen Recht eine Grundlage?
(Beiträge zum Zivilrecht und Zivilprozeß, herausgegeben von Rudolf Bruns, Heft 4),
Mainz 1953.
- Kötz, Hein Trust und Treuhand,
Göttingen 1963.
- Kohler, Josef Lehrbuch des bürgerlichen Rechts,
Zweiter Band, Zweiter Teil,
Berlin 1919.
- Kohlmann, Richard Artikel "Trusts" in Zivilgesetze der Gegenwart,
Bd.2 (Das Zivilrecht Englands),
Mannheim-Berlin-Leipzig 1931, S.545.
- Korinthenberg-Wenz Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung,
6.Aufl., Köln 1935.

Krämer-Illner	Die Grundbuchpraxis in Baden, Karlsruhe 1961.
Küchler, Kurt	Die Sicherungsgrundschuld, Berlin 1939.
Künne, Karl	Außergerichtliche Vergleichsordnung, 6.Aufl., München-Berlin 1955.
Laband	Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allge- meinen Deutschen Handelsgesetzbuch, in Z.f.d.ges. Handelsrecht, Bd.10 (1866) S.183.
Lange, Heinrich	Lehrbuch des Erbrechts, München-Berlin 1962. Lage und Zukunft der Sicherungsübereignung, in NJW 1950, 565.
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.I und II, 6.Aufl., München-Berlin 1963/64.
Lehmann, Heinrich	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 14.Aufl., Berlin 1963 zit.: Lehmann, Allg.Teil. Deutsches Familienrecht, 3.Aufl., Berlin 1960 zit.: Lehmann, Familienrecht. Gesellschaftsrecht, 2.Aufl., Berlin-Frankfurt 1959 zit.: Lehmann, Gesellschaftsrecht. Anmerkung zu RG v.17.1.1934, in JW 1934, 683.

- Leipz.Komm. Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar),
begr. v. Ebermayer, Lobe u. Rosenberg,
8.Aufl., Berlin 1958.
- Lent, Friedrich Die Grenzen der Vertretungsmacht des
Konkursverwalters,
in KTS 56, 161.
- Buchbesprechung (Wolff-Raiser 10.Be-
arbeitung)
in NJW 57, 1181.
- Lepaulle, Pierre Civil Law Substitutes for Trusts,
36 Yale L.Journ. 1126 (1927).
- Löbl, Rudolf Geltendmachung fremder Forderungs-
rechte im eigenen Namen,
in AcP 129 (1928) 257 ff.
- Loitlsberger, Erich Treuhand- und Revisionswesen,
Stuttgart 1961.
- Madöry, Paul Die Verwaltungstreuhand und ihr Anspruch
auf Anerkennung als Verwaltungsrecht in
Abgrenzung zu den auf Vollrecht begrün-
deten fiduziarischen Rechtsgeschäften,
Diss.iur. Basel 1946.
- Mast, Heribert Die Einwirkung der beiderseitigen Sitten-
widrigkeit des Grundgeschäfts auf das
abstrakte Verfügungsgeschäft in der Recht-
sprechung des RG und des BGH,
Diss.iur. Freiburg/Br. 1957.
- Maurach, Reinhard Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil,
4.Aufl., Karlsruhe 1964.
- Meikel-Imhof-Riedel Grundbuchrecht,
5.Aufl., Berlin 1957.

Mentzel-Kuhn	Kommentar zur Konkursordnung, 7.Aufl., Berlin-Frankfurt 1962.
Meyer-Meulenbergh	Genossenschaftsgesetz, 9.Aufl., München-Berlin 1961.
Möhring, Oskar	Vermögensverwaltung in Vormundschafts- und Nachlaßsachen, 4.Aufl., Heidelberg 1955.
Müller-Freienfels, Wolfram	Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955.
Mugdan, B.	Die gesamten Materialien zum Bürger- lichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd.II - V, Berlin 1899.
Mutze, Otto	Rechtliches oder wirtschaftliches Eigentum, in NJW 63, 513.
Nipperdey, Hans Carl	Treuhänderschaft und Gesetz Nr.8 AHK, in Festschrift f.A.Nikisch, S.307 ff Tübingen 1958.
Nord, Walther	Das Recht des Treuhänders, Berlin 1927. Besprechung von RG v.20.3.1912, (JW 1912, 645) in DJZ 1912 Sp.1183.
Nußbaum, Arthur	Soziologische und rechtsvergleichende Aspekte des "trusts", in AcP 151 (1950/51) S.193 (Bearbeitete Übersetzung des Aufsatzes "Sociological and Comparative Aspects of the Trust", 38 Col.L.Rev.408(1938)).

Oertmann, Paul	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allg. Teil, 3. Aufl., Berlin 1927.
Opfermann, Norbert	Die Treuhand in der Wertpapierbereinigung und im Ablösungsverfahren nach dem AGG; in WM 61, 958.
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 23. Aufl., München-Berlin 1964.
Parisius-Crüger- Crecelius-Citron	Das Reichsgesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, 12. Aufl., Berlin-Leipzig 1932.
Parker, Reginald	Das Privatrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, Wien 1960.
Patton, Rufford G.	The Nature of the Beneficiary's Interest in a Trust, 4 Miami L.Qu. 441 (1949/50).
Pestalozzi-Henggeler	Trusts in Swiss Law, in International Bar Association, Fourth Conference Report, The Hague 1954, S. 128.
Pikart, Heinz	Die Rechtsstellung des Treuhänders in der Rechtsprechung des BGH, in WM 56, 654.
Planck, G.	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1 (Allg. Teil), 4. Aufl. 1913 Bd. 5 (Erbrecht), 4. Aufl. 1930 Berlin-Leipzig.
Pleimes, Dieter	Irrwege der Dogmatik des Stiftungsrechts, Münster-Köln 1954.

- Pringsheim Artikel "Succession" in Zivilgesetze
der Gegenwart,
Bd.2 (Das Zivilrecht Englands),
Mannheim-Berlin-Leipzig 1931, S.633.
- Anmerkung zu RG v.20.10.1930,
in JW 1931, 2290.
- Quassowski-Albrecht Wechselgesetz,
Berlin 1934.
- Rabel, Ernst Deutsches und amerikanisches Recht,
in RabelsZ 16 (1951) S.340.
- Raiser, Ludwig Dingliche Anwartschaften,
Tübingen 1961
zit.: Raiser, Anwartschaften.
- Eigentumsanspruch und Recht zum Besitz,
in Festschrift f.M.Wolff,
Tübingen 1952, S.123.
- Anmerkung zu BGH v.5.11.1953,
in JZ 1954, 440.
- Rasch, Harold Deutsches Konzernrecht,
2.Aufl., Köln 1955.
- Regelsberger Zwei Beiträge zur Lehre von der Zession,
in AcP 63 (1880), S.157.
- RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch,
Kommentar herausgegeben von Reichsge-
richtsräten und Bundesrichtern,
11.Aufl., Berlin 1959 ff
zit.: (Bearbeiter) in BGB-RGRK
- Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
früher herausgegeben von Mitgliedern
des Reichsgerichts,
2.Aufl., Berlin 1950 ff
zit.: (Bearbeiter) in HGB-RGRK

Reinhardt und Erlinghagen	Die rechtsgeschäftliche Treuhand - ein Problem der Rechtsfortbildung, in JuS 1962, 41.
Restatement	of the Law, Second, Trusts 2d, as adopted and promulgated by the American Law Institute, St.Paul, Minn., 1959 zit.: Restatement.
Riezler, Erwin	(ohne Titel) in KritVjschr. Bd. 48 (1909), S.65 ff.
Rinck, Gerd	Pflichtwidrige Vertretung, Berlin 1936.
Ritter, Carl	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2.Aufl., München-Berlin 1932.
Rosenberg, Leo	Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9.Aufl., München-Berlin 1961. Anmerkung zu RG v. 25.1.1924, in JW 1924, 811. Zur Lehre von der gewillkürten Prozeßstandschaft, in JZ 1952, 137.
Roth, H.M.	Der Trust in seinem Entwicklungsgang vom Feoffee to Uses zur amerikanischen Trust Company, (Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, Nr.48) Marburg 1922.
v.Rozycki-v.Howel	Das Grundbuchrecht, Berlin 1934.

Schilling, Wolfgang	Zur Ausübung fremder Gesellschafterrechte im eigenen Namen, in Festschrift f. Walter Schmidt, Berlin 1959, S. 208.
Schlegelberger	Handelsgesetzbuch, 4. Aufl., Berlin-Frankfurt 1960 ff zit.: Schlegelberger-(Bearbeiter).
Schless, Robert	Mittelbare Stellvertretung und Treuhand, (Leipz. rechtsw. Studien, Heft 66) Leipzig 1931.
Schmalenbach, E.	Der Treuhandkommanditist, in Z.f. handelswiss. Forschung 1949, S. 27.
Schmidt-Rimpler	Das Kommissionsgeschäft, in Ehrenbergs Handbuch f. d. ges. Handelsrecht (Leipzig 1928), Bd. 5, 1. Abteilung, 1. Hälfte, S. 477.
Schneider-Neuenburg	Anmerkung zu RG v. 6. 7. 1933, in JW 1933, 2339.
Schönke-Baur	Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 7. Aufl., Karlsruhe 1963.
Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch, Kommentar, 11. Aufl., München-Berlin 1963.
Schönke-Schröder-Niese	Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., Karlsruhe 1956.
Scholz, Hellmut	Der Wechsel des Gläubigers einer fiduziarisch gesicherten Forderung, in NJW 1962, 2228.

Siebert, Wolfgang

Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis,
(Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und
Landwirtschaftsrecht, Nr.68),
Marburg 1933.

Zur Lehre vom Mißbrauch der Vertre-
tungsmacht,
in Z.Staatsw.95 (1935) S.629
zit.: Siebert, Mißbrauch.

Artikel "Testamentsvollstrecker",
in Rvgl.HWB Bd.6 (Berlin 1938) S.561
zit.: Siebert, Testamentsvollstrecker.

(Mündliche Stellungnahme auf dem
36.Deutschen Juristentag),
in Verhandlungen des 36.Deutschen Ju-
ristentages, 2.Bd., S.49 ff,
Berlin-Leipzig 1931.

Anmerkung zu RG v.5.11.1934,
in JW 1935, 1012.

Siebert-Vogel

Familienrecht, Kommentar,
Stuttgart-Köln 1955.

Soergel-Siebert

Kommentar zum BGB, 9.Aufl., Stuttgart 1959-63
zit.: Soergel-Siebert bzw.Siebert-(Bearbeiter).

Stanzl, Gustav

Böser Glaube im Wechselrecht,
(Beiträge zum Handels-, Wirtschafts- und
Steuerrecht, Heft 1),
Graz 1950.

Staub

Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
14.Aufl., Berlin-Leipzig 1932.

v.Staudinger, J.

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
11.Aufl., Berlin 1954 ff (soweit die 10.Aufl.
benutzt wurde, ist dies besonders vermerkt).

Stein-Jonas	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19.Aufl. (2.Einzellieferung), Tübingen 1964.
Steiner-Riedel	Zwangsversteigerung und Zwangs- verwaltung, Kommentar zum Zwangsversteigerungs- gesetz, 7.Aufl., Berlin 1956.
Stevens, Robert S.	Handbook on the Law of Private Cor- porations, Second Edition, Hornbook Series, St.Paul, Minn., 1949.
Stier, Guenther	Das sogenannte wirtschaftliche und formaljuristische Eigentum, Leipzig 1933.
Stoll, Heinrich	Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, in Festschrift f.H.Lehmann, (Berlin 1937), S.115.
Stranz, Martin	Wechselgesetz, Kommentar, 14.Aufl., Berlin 1952.
Tegethoff, Georg	Das Treuhandgeschäft der westdeutschen und amerikanischen Banken, (Bankwirtschaftliche Schriftenreihe Bd.8), Köln-Opladen 1963.
Trost-Schütz	Bankgeschäftliches Formularbuch, 15.Ausgabe, Berlin 1959.
v.Tuhr, Andreas	Der allgemeine Teil des deutschen bür- gerlichen Rechts, Bd.I, München-Leipzig 1910 Bd. II 1.Hälfte 1914, 2.Hälfte 1918.
- - - - -	Vermögensverwaltung, Vermögenspflege, Vermögenssicherung, (Werbefroschüre der Dresdner Bank AG).

Vogel, Hermann	GmbH-Gesetz, Kommentar, 2.Aufl., Berlin-Frankfurt 1956.
v.Wallis	Die Besteuerung von rechtsgeschäftlichen Treuhandverhältnissen, in NJW 1957, 321.
Weiss, Walter	Treuhandvergleich und Zwangsvoll- streckung nichtbeteiligter Gläubiger, in NJW 1951, 143.
Welzel, Hans	Das Deutsche Strafrecht, 8.Aufl., Berlin 1963.
Westermann, Harry	Sachenrecht, 4.Aufl., Karlsruhe 1960. Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen, (Schriftenreihe der Jurist. Studiengesellschaft Karlsruhe), Karlsruhe 1954 zit.: Westermann, Interessenkollisionen.
Wieacker, Franz	Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242, Tübingen 1956.
Wilhelmi-Vogel	Zwangsversteigerungsgesetz, 6.Aufl., München-Berlin 1965.
WP-Hdb.	Wirtschaftsprüfer-Handbuch, herausgegeben vom Institut für Wirtschafts- prüfer in Deutschland e.V., Düsseldorf 1963.
Wolff-Raiser	Sachenrecht, 10.Bearbeitung, Tübingen 1957.

- Würdinger, Hans Aktienrecht,
Karlsruhe 1959
zit.: Würdinger, Aktienrecht.
- The German Trust,
31 J. of Comp. Leg. and Int. Law 31
(1951).
- Zahn, Johannes C.D. Die treuhänderische Übertragung und
Verwaltung von Körperschaftsrechten,
insbesondere von Aktien, Kuxen und
GmbH-Anteilen,
(Bonner rechtsw. Abhandlungen, Heft 18),
Bonn-Köln 1931.
- Zahlung und Zahlungssicherung im
Außenhandel,
2.Aufl., Berlin 1959
zit.: Zahn, Außenhandel.
- Zimmermann, Hellmuth Die sachenrechtlichen Beziehungen in
der rechtsgeschäftlich begründeten Treu-
hand nach englisch-amerikanischem
Rechte,
(Leipz.rechtsw.Studien, Heft 51),
Leipzig 1930.
- Zweigert, Konrad Rechtsvergleichend-Kritisches zum gut-
gläubigen Mobiliarerwerb,
in RabelsZ 23 (1958) S.1.

Verzeichnis der zitierten amerikanischen Entscheidungen

Carter v. Manufacturers' National Bank of Lewiston
71 Me 448, 38 Am Rep 338 (1881)

Continental Casualty Co. v. Pleitsch
111 SW 2d 956 (Missouri 1938)

Farmers' Bank & Trust Co. v. Bender
175 Md 625, 3 A 2d 743 (1939)

Federal Trust Company v. Ireland
124 Nebr 369, 246 NW 707 (1933)

First National Bank of Houston v. Weiner
253 SW 615 (Texas 1923)

Frazier v. Jeakins
64 Kan 615, 68 P 24 (1902)

Happy v. Cole County Bank
338 Mo 1025, 93 SW 2d 870 (1936)

Hill v. Flemming
128 Ky 201, 107 SW 764 (1908)

Home Savings & Loan Company v. Gertrude Strain
130 Ohio 53, 196 NE 770, 99 ALR 903 (1935)

King et al. v. Richardson
136 F 2d 849 (C.C.A. 4th 1943)

Maples v. Medlin
3 Am Dec 687

Otis v. Otis

167 Mass 245, 45 NE 737 (1897)

Russel v. Johnson

193 Ak 541, 101 SW 2d 172 (1937)

Shattuck v. Wood Memorial Home

319 Mass 444, 66 NE 2d 568 (1946)

Spivak Adm'x v. Bronstein et al.

367 Pa 70, 79 A 2d 205 (1951)

Sternfels v. Watson

139 F 505 (C.C., D.Oregon 1905)

Suarez v. Montigny

37 N.Y.Supp. 503 (1896)

Surgi v. First National Bank & Trust Co.

125 F 2d 425 (C.C.A. 5th, 1942)

Tierney v. Coolidge (1941)

308 Mass 255, 32 NE 2d 198, 132 ALR 1249

Tuttle v. First National Bank of Greenfield

187 Mass 533, 73 NE 560 (1905)

US v. Dunn et al., 268 US 121, 69 L Ed 876 (1925)

United States Fidelity & G.Co. v. Citizens' State Bank

36 N.D.16, 161 NW 562 (1917)

Winter v. Truax, 87 Mich 324, 49 NW 604 (1891)

Wormley v. Wormley, 5 L Ed 651 (1820)

Abkürzungen

Die für das deutsche Recht gebrauchten Abkürzungen entsprechen der von Kirchner vorgeschlagenen Abkürzungsweise (Kirchner, Hildebert: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, Berlin 1957).

Amerikanische Abkürzungen werden nachstehend erläutert, soweit dies zum Auffinden der Materialien erforderlich ist. Wegen der übrigen amerikanischen Abkürzungen wird auf das Abkürzungsverzeichnis in "How to find the law" (Fourth Edition, by Carlton B. Putnam, St. Paul, Minn., 1949) S. 671 ff verwiesen.

A	Atlantic Reporter
ALR	American Law Reports
Am. Dec.	American Decisions
Am. Jur.	American Jurisprudence
Am. Rep.	American Reports
F	Federal Reporter
L. Ed.	Lawyers' Edition Supreme Court Reports
NE	Northeastern Reporter
NW	Northwestern Reporter
N. Y. S.	New York Supplement
P.	Pacific Reporter
S.	Southern Reporter
SW	Southwestern Reporter
U. L. A.	Uniform Laws Annotated

Ist einer amerikanischen Entscheidungssammlung der Zusatz "2d" beigefügt, so handelt es sich um die zweite Serie der betreffenden Sammlung.

ERSTER TEIL: Die gegenwärtige Rechtslage

1. Einleitung

1. Das Problem

Die vorliegende Arbeit widmet sich der Frage, ob treuwidrige Verfügungen eines fiduziarischen Treuhänders den Dritten auch dann berechtigen, wenn er weiß oder fahrlässig übersieht, daß die Verfügung im Innenverhältnis zum Treugeber pflichtwidrig ist.

In Deutschland wird das bekanntlich von der Rechtsprechung und weitaus herrschenden Lehre bejaht. Darüber hinaus wird angenommen, der "bösgläubige" D¹⁾ sei nur in besonderen Ausnahmefällen nach §§ 826, 823 Abs. 2 BGB schadensersatzpflichtig. Der TG könne somit regelmäßig nur vertragliche und deliktische Schadensersatzansprüche gegen den TH geltend machen.

Schon mehrfach ist betont worden, daß der TG auf diese Weise nur unvollkommen gegen treuwidrige Verfügungen geschützt ist.²⁾ Es ist denn auch wiederholt erwogen worden, wie man hier zu einem ebenso sachgerechten Schutz des TG gelangen kann wie im Falle des Zugriffs durch Gläubiger des TH. Noch heute muß man aber den Schutz gegen treuwidrige Verfügungen als "das bisher am wenigsten befriedigend gelöste Problem"³⁾ des Treuhandrechts bezeichnen.

1) Nachstehend werden folgende Abkürzungen benutzt:

TH = Treuhänder

TG = Treugeber

D = der Dritte, zu dessen Gunsten der TH verfügt

SN = Sicherungsnehmer

SG = Sicherungsgeber

2) vgl. etwa Siebert, S. 159; Büchner, S. 55.

3) so erst jüngst Reinhardt und Erlinghagen, S. 50.

2. Der Rahmen der Untersuchung

Das Thema bedarf einer doppelten Eingrenzung. Erstens wird sich unsere Untersuchung nur auf rechtsgeschäftlich bestellte Treuhänder beziehen. Die verschiedenen gesetzlichen Treuhänder⁴⁾ erhalten nicht das Eigentum an dem zu verwaltenden Vermögen, sondern nur ein Verwaltungsrecht. Dieses Verwaltungsrecht ist im Gegensatz zu dem des Konkursverwalters und anderer gesetzlicher Verwalter zweckentsprechend begrenzt und kann vielfach sogar nur auf behördliche Anweisung hin ausgeübt werden, so daß treuwidrige Verfügungen hier praktisch keine Rolle spielen. Zweitens wird sich unsere Untersuchung nur auf Treuhänder im Rechtssinne beziehen. Treuhänder im Rechtssinne ist, wer von einem anderen (dem TG) Vermögensrechte zu eigenem Recht erworben hat und diese Rechte zwar im eigenen Namen, aber nicht (oder nicht ausschließlich) im eigenen Interesse ausüben soll.⁵⁾

Dagegen ist in einem weiteren, wirtschaftlichen Sinne schon derjenige ein Treuhänder, der für einen anderen eine besonderes Vertrauen erfordernde Tätigkeit ausübt.⁶⁾ Auch die Revisions- und Treuhandgesellschaften,⁷⁾ die Banken⁸⁾ oder die Immobilienmakler sind also in diesem Sinne

4) Beispiele etwa bei Palandt-Gramm, vor § 164 Anm. 3; in der Praxis der Nachkriegsjahre haben vor allem die treuhänderischen Vermögensverwalter nach MilRegG Nr. 52 eine große Rolle gespielt, vgl. dazu Dölle-Zweigert und WP-Jahrb. 1954, S. 1228 ff.

5) Grundlegend zunächst Schultze, S. 1 f, dann vor allem Siebert, S. 10 f, ihm folgend Palandt-Hoche, vor § 929 Anm. 7 A; Büchner, S. 51; Reinhardt und Erlinghagen, S. 41. - Etwas abweichend Staudinger-Coing vor § 104 Anm. 60; Enneccerus-Nipperdey, § 148 II (S. 920).

6) Zu dieser Unterscheidung vgl. WP-Hdb. S. 1268; Hintner, S. 1298; Loitsberger, S. 34; Staudinger-Coing, vor § 104 Anm. 60; Siebert, S. 10.

7) dazu etwa Hintner, S. 1299.

8) dazu neuestens Tegethoff mit umfassendem Material.

Treuhänder. Im Hinblick auf derartige "Treuhänder" ist das Problem treuwidriger Verfügungen aber gelöst. Da sie nämlich nichts zu eigenem Recht übertragen erhalten, treten sie, sofern sie überhaupt verfügungsberechtigt sind, im fremden Namen auf. Pflichtwidrige Verfügungen lassen sich bei ihnen also nach vertretungsrechtlichen Grundsätzen behandeln.

Innerhalb des so abgesteckten Rahmens wird sich die Arbeit vor allem mit den fiduziarischen Treuhandverhältnissen befassen. Dabei wird der Begriff des fiduziarischen Treuhandverhältnisses nachstehend zur Kennzeichnung einer Vollrechtsübertragung unter lediglich obligatorischer Beschränkung des TH verwendet. In diesem Sinne wird er in der Lehre und Praxis überwiegend gebraucht⁹⁾ und der sog. Ermächtigungstreuhand gegenübergestellt. Neuerdings haben zwar Coing und Nipperdey¹⁰⁾ das Charakteristikum fiduziarischer Treuhandverhältnisse nicht in der Vollrechtsübertragung, sondern in dem Überschuß von Befugnissen gegenüber Dritten erblicken wollen. Sie rechnen daher auch eine zu weitgehende Ermächtigung zu den fiduziarischen Treuhandverhältnissen und stellen ihnen als "dinglich beschränkte"¹¹⁾ Treuhandverhältnisse solche Fälle gegenüber, in denen die Rechtsmacht des TH nicht über den wirtschaftlichen Zweck des Geschäfts hinausgeht.

Sachliche Bedeutung hat diese unterschiedliche Begriffsverwendung nicht. Die gebräuchliche Terminologie ist aber für unsere Zwecke vorteilhafter, weil treuwidrige Verfügungen vor allem in den Fällen einer Vollrechtsübertragung Schwierigkeiten bereiten und eine klare begriffliche Abgrenzung dieser Fälle deshalb zweckmäßig erscheint.

9) Erstmals bei Regelsberger, S. 173, eingehend dann Siebert, S. 146, ihm folgend Büchner, S. 52 mit Nachw., Palandt-Hoche vor § 929 Anm. 7 B.

10) Staudinger-Coing, Einl. vor § 104 Anm. 60 d, Enneccerus-Nipperdey, § 148 II 1 (S. 922), anders noch die 14. Aufl., § 148 II (S. 625 f).

11) Nipperdey, aaO spricht von "offener" Treuhand; dagegen schon zu Recht Siebert, S. 364, 405, da auch eine Vollrechtsübertragung zu offener, d.h. erkennbarer Treuhandschaft führen kann; vgl. auch BGHZ 10, 44 (49).

3. Erscheinungsformen fiduziarischer Treuhandverhältnisse

Fiduziarische Treuhandverhältnisse findet man in vielfältigen, nicht erschöpfend darzustellenden Formen¹²⁾. In der Praxis erfüllen sie am häufigsten Sicherungsfunktionen. Hierher gehören also vor allem die Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung, aber auch die Einsetzung eines fiduziarischen Treuhänders im Rahmen eines außergerichtlichen Liquidationsvergleiches oder die Einsetzung eines Pfandhalters, dem etwa zur Sicherung ausländischer Gläubiger Grundpfandrechte übertragen werden. Auch der Austausch von Gegenleistungen kann zur Sicherung des Vorleistungspflichtigen über einen Treuhänder erfolgen.¹³⁾

Der Sicherungstreuhand stehen die Fälle fremdnütziger Verwaltungstreuhand gegenüber, die vor allem Vereinfachungs-, Verbergungs- und Umgehungsfunktionen erfüllen.

So dient es der Vereinfachung der Vermögensverwaltung, wenn anstelle einer großen Personengruppe, die als solche nicht rechtsfähig ist, ein einzelner Treuhänder als Verfügungsberechtigter Rechtsträger auftreten und insbesondere im Grundbuch oder Handelsregister eingetragen werden kann. Dafür lassen sich zahlreiche Beispiele nennen. So übertragen nichtrechtsfähige Vereine mit großer Mitgliederzahl ihr Vermögen häufig einem besonderen TH, so etwa die Gewerkschaften eigens hierfür gegründeten Vermögens- und Treuhandgesellschaften¹⁴⁾ oder eine politische Partei ihrem jeweiligen Vorstand¹⁵⁾. Angehörige einer bestimmten Berufsgruppe übertragen gelegentlich gewisse Rechte einem rechtsfähigen Interessenverband, um sie durch

12) vgl. die Zusammenstellung bei Siebert, S. 29 ff, Friedmann, S. 854 ff; Haemmerle, S. 675 ff; Ahlbäumer, S. 11 ff; Enzykl. Lexikon, S. 1512; Trost-Schütz, S. 142; Gubler, S. 234 a ff; WP-Hdb. S. 1267 ff, insbes. S. 1282 ff; Pikart, S. 654 ff; Reinhardt und Erlinghagen, S. 42; Kersten-Bühling, § 43.

13) vgl. RGZ 156, 328.

14) Näheres bei Hueck-Nipperdey, Bd. II, § 11 IV 3 (S. 138 f).

15) vgl. § 19 Organisationsstatut der SPD und dazu OLG Frankfurt/M. NJW 52, 793; OLG München, MDR 55, 33.

diesen wirksamer gegen Verletzungen schützen zu lassen¹⁶⁾. Bei der Ausgabe von Industrieobligationen können die Gläubiger anstelle eines Grundbuchvertreters (§ 1189 BGB)¹⁷⁾ auch einen fiduziarischen TH einsetzen und alle erforderlichen Handlungen von diesem vornehmen lassen.¹⁸⁾ Ferner läßt sich eine größere Gruppe kleiner Kapitalgeber in einer Personengesellschaft häufig durch einen einzigen Gesellschafter treuhänderisch vertreten. Insbesondere an einer Kommanditgesellschaft ist häufig ein Kommanditist beteiligt, der lediglich das Kapital mehrerer "Unterkommanditisten"¹⁹⁾ treuhänderisch verwaltet. Ein Bankenkonsortium pflegt bei Kreditgewährungen die Sicherheiten treuhänderisch der Konsortialführerin zu übertragen. Schließlich werden gelegentlich auch Wertpapiersammelbanken im Aktienbuch einer Gesellschaft treuhänderisch als Aktionärin eingetragen, um so die Übertragung von Namensaktien zu erleichtern.

In zahlreichen anderen Fällen erfüllt eine Verwaltungstreuhand Verbergungsfunktionen. Das gilt vor allem auf dem Gebiet des Handelsrechts. Ein Kapitalgeber mag aus verschiedenen wettbewerblichen Gründen²⁰⁾ daran interessiert sein, selbst unerkannt zu bleiben. Er kann dann entweder einen Außenstehenden zum TH machen und diesen als Geschäftsinhaber²¹⁾, Gesellschafter²²⁾ oder Erwerber eines einflußbestimmenden Aktienpaketes auftreten

16) Aus diesem Grunde haben etwa eine Reihe von Verlegern ihre Verlagsrechte dem Börsenverein Deutscher Verleger- und Buchhändlerverbände e.V. übertragen. Vgl. dazu BGHZ 18, 44 (Börsenverein gegen AEG).

17) Der Grundbuchvertreter ist richtiger Ansicht nach kein Treuhänder, vgl. Wolff-Raiser, § 152 IV bei Anm.12; Staudinger-Scherübl, §§ 1189 Anm. 2; Siebert, S. 374 f.

18) dazu Wolff-Raiser, § 152 IV in Anm.12; Staudinger-Scherübl, § 1189 Anm.1.

19) so Schmalenbach, S.98; im übrigen vgl. etwa WP-Hdb.S.1284 m. Nachw. und OGHZ 2, 253, wo es um 150 derartiger "Unterkommanditisten" ging.

20) Im einzelnen dazu Zahn, S. 8 f; Bott, S. 27 ff.

21) vgl. dazu RGZ 99, 158; im übrigen kann treuhänderische Geschäftsinhaberschaft erforderlich sein, wo der eigentliche Geschäftsinhaber unter Testamentsvollstreckung steht, vgl. BGHZ 12, 100.

22) Zur OHG vgl. Baumbach-Duden, § 105 Anm.1 F und Schlegelberger-Geßler, § 105, Anm.23. - Zur GmbH vgl. RGZ 159, 272 und BGHZ 19, 69. Unlängst bekannt geworden ist der Fall der ehemaligen Neckermann Versand KG. Beträchtliche Anteile gehörten der "Investierungsgesellschaft für Industrie- und Handelsunternehmungen mbH", wobei zunächst unbekannt blieb, daß sie diese Anteile treuhänderisch für die Flick-Gruppe hielt.

lassen. Er kann aber auch einen vorhandenen Geschäftsinhaber bzw. Gesellschafter zu seinem TH machen, indem er mit ihm eine Innengesellschaft vereinbart, für die nach außer nur jener auftritt²³⁾. Außerhalb des Handelsrechts werden Treuhandverhältnisse seltener zu Verbergungszwecken begründet. Immerhin werden gelegentlich etwa aus Furcht vor politischer Konfiskation irgendwelche Vermögensrechte einem Treuhänder übertragen²⁴⁾.

Umgehungsfunktionen kann ein Treuhandverhältnis vor allem im Hinblick auf gesellschaftsrechtliche Gründungsvorschriften erfüllen. Hier tritt der eigentliche Gründer häufig zusammen mit mehreren Strohmännern auf, um die vorgeschriebene Gründerzahl zu erreichen.

Weitere Beispiele fiduziarischer Rechtsgestaltung bilden die fiduziarische Inkassozession, die Anderkonten von Rechtsanwälten, Notaren und Treuhändern, die unselbständige Stiftung, die treuhandrechtliche Konstruktion der Investmentgesellschaften,²⁵⁾ die Übertragung von Grundstücken an einen mit der Parzellierung und Weiterveräußerung beauftragten TH²⁶⁾ und bestimmte Treuhandvereinbarungen im Konzernrecht²⁷⁾.

23) vgl. dazu BGHZ 12, 308 (dargestellt unten S. 86).

24) vgl. folgende Entscheidungen: RGZ 145, 35 (treuhänderischer Inhaber einer OHG); BGH WM 62, 415 (treuhänderischer Gesellschafter einer GmbH); Urteil der Schiedskommission für Güter, Rechte und Interessen in Deutschland v. 19.6.1961, WM 61, 770 (treuhänderischer Inhaber von Patenten, näher dargestellt unten S. 46) und dazu auch Nipperdey, S. 325.

25) § 6 Abs. 1 Satz 2 KAGG und dazu v. Caemmerer, JZ 58, 44 f.

26) Kersten-Bühling, S. 356 ff.

27) Rasch, S. 263.

11. Das Ausmaß des derzeitigen Schutzes gegen treuwidrige Verfügungen eines Fiduziars

1. Das Fehlen dinglicher Ansprüche gegen den Dritten

Wie bereits einleitend erwähnt, lehnt die weitaus herrschende Lehre dingliche Ansprüche des TG gegen den "bösgläubigen" D ab.²⁸⁾ Sie stützt sich dabei vor allem auf folgende Argumente:

Bei einer fiduziarischen Rechtsübertragung sei der TH dem TG gegenüber nur obligatorisch gebunden²⁹⁾. Er könne als Eigentümer unbeschränkt über das Treugut verfügen, da etwaige Beschränkungen seiner Befugnisse gemäß § 137 BGB nicht gegen Dritte wirken könnten. Verfüge er aber als "Berechtigter" über das Treugut, so sei kein Raum für die Anwendung der Gutgläubensvorschriften. Der Rechtserwerb des D könne also nicht davon abhängen,

28) Siebert, S. 149 ff; Würdinger, S. 34; Reinhardt und Erlinghagen, S.46; neuestens Assfalg, NJW 63, 1583; ferner Enneccerus-Nipperdey, § 148 II, 1 a (S. 923); Lehmann, Allg. Teil, § 34 II 2 b alpha (S. 239); Staudinger-Coing, Einl. vor § 104 Anm. 60 h; Siebert-Hefermehl, § 137 Anm.5; Krüger-Nieland in BGB-RGRK, § 137 Anm. 2; Kuhn in BGB-RGRK, § 164 Anm. 16.

Speziell zur Sicherungsübereignung weiter Wolff-Raiser, § 179 III 2 a (S. 736) und Baur, § 57 VII 3 und § 58 I 1.- Entsprechend für das schweizerische Recht Gubler, S. 265 a und BGE 39 II 810, zitiert nach Praxis des Bundesgerichts Bd. III (1914), S. 94, 101.

Anders nur: Palandt-Hoche vor § 929 Anm. 7 B a; (kritisch auch Palandt-Danckelmann, § 137 Anm. 1); Müller-Freienfels, S. 135 f, früher bereits Nord, DJZ 1912, 1183 passim; für das schweizerische Recht auch Oftinger in Zürcher Kommentar zum ZGB, IV 2 c, 2. Aufl. 1952, Systematischer Teil, N.251.

29) Anders ist die Rechtslage natürlich, wo die Rechtsübertragung vom TG auf den TH aus irgendwelchen Gründen nichtig ist; vgl. OLG Hamburg, MDR 61, 687 (Geschäftsunfähigkeit des TG) und Baumann, S. 141 f (Nichtigkeit einer Sicherungsübereignung infolge Sittenwidrigkeit oder unzureichend konkretisierten Besitzkonstituts).

ob D im Hinblick auf die interne Pflichtwidrigkeit "gutgläubig" war oder nicht.

Der herrschenden Lehre entspricht eine durch mehrere Entscheidungen gefestigte Rechtsprechung³⁰⁾.

Besondere Bedeutung kommt dabei der Entscheidung RGZ 153,366 aus dem Jahre 1937 zu, der folgender Sachverhalt zugrunde lag. Der Kläger war Gläubiger einer Kaufgeldhypothek. Er trat diese an den Kaufmann Fr. ab, der weisungsgemäß über sie verfügen und ihm dadurch Geld verschaffen sollte. Fr. trat nun seinerseits die Hypothek dem Treuhandvertrag zuwider an die A, eine Verwaltungs- und Finanzierungsgesellschaft, ab und sollte dafür von der A ein Darlehen gewährt erhalten. Die Auszahlung dieses Darlehens unterblieb jedoch. Der Anspruch des Fr. auf Rückübertragung der Hypothek wurde daraufhin von der Beklagten, einer Gläubigerin des Fr., gepfändet.

30) RGZ 95, 244 (1919); RGZ 99, 142 (1920); RGZ 153, 366 (1937); BGHZ 11, 37 und BGH WM 1958, 1044. Abweichend allerdings die ältere Entscheidung RG Gruchot 50 (1906) S.988 und insbesondere ein späterer Beschluß des KG in JFG 7, (1930), S.299. In der reichsgerichtlichen Entscheidung heißt es zumindest mißverständlich, bei einer Sicherungsabtretung sei an sich der SN zur weiteren Abtretung befugt und es sei nicht behauptet worden, D habe gewußt, daß die gesicherte Forderung des SN gegen den SG bereits zur Zeit der Weiterabtretung getilgt gewesen sei und der SN deshalb nicht mehr über die Hypothek habe verfügen können (S. 990).

In der Entscheidung des KG heißt es, nach durchaus herrschender Meinung sei der fiduziarische TH vollberechtigt in dem Sinne, daß er das Treugut wirksam an einen Dritten übertragen könne, "wobei es von der Kenntnis oder Unkenntnis des Erwerbers abhängt, ob er das Recht mit der sich aus dem Treuhandverhältnis ergebenden Bindung gegenüber dem TG oder frei von dieser Bindung erwirbt." (S. 304).
Gegen beide Entscheidungen zu Recht Schless, S. 66 Anm. 5.

Der Kläger hatte zunächst beantragt, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären. Dieser Antrag war in der ersten Instanz abgewiesen worden. Während der Berufungsverhandlung trat nun die A einen Teilbetrag der Hypothek an die Beklagte ab. Der Kläger verlangte daraufhin Abtretung dieses Teilbetrages. Dem gab das Berufungsgericht statt, da der Kläger trotz der treuhänderischen Abtretung Gläubiger und Verfügungsberechtigter geblieben sei, die Abtretung von Fr. an die A die Hypothek nicht ihrer Eigenschaft als Treugut des Klägers beraubt habe und die Beklagte die Teilhypothek nicht gutgläubig erworben habe.

Das Reichsgericht hob dieses Urteil auf, weil der Kläger entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nach der Abtretung der Hypothek an Fr. nicht mehr Gläubiger und Verfügungsberechtigter geblieben sei. Auf dem Gebiet des Sachenrechts sei der Parteiwillkür kein freier Spielraum gelassen. Die dingliche Wirkung einer Übereignung bzw. Abtretung könne daher nicht durch Parteivereinbarung eingeschränkt werden.

"Das Eigentum und das Recht gehen vielmehr mit voller dinglicher Wirkung auf den Erwerber über mit der Rechtsfolge, daß alle dinglichen Beziehungen des bisherigen Eigentümers und Inhabers des Rechts zu der übereigneten Sache und zu dem übertragenen Recht gelöst werden. Die Verpflichtung des Treuhänders, nur in bestimmter Weise über das Treugut zu verfügen, ist lediglich schuldrechtlicher Art (§ 137 BGB), ebenso seine Verpflichtung, das Treugut nach Beendigung des Treuhandverhältnisses an den Treugeber zurückzuübertragen. Falls daher der Treuhänder das Treugut veräußert, steht dem Treugeber gegen den Dritten kein dinglicher Anspruch zu."³¹⁾

Auch die Widerspruchsklage erklärte das RG für unbegründet, da das Prinzip dinglicher Surrogation nicht anwendbar sei und der gepfändete Anspruch auf Rückübertragung der Hypothek deshalb kein Treugut mehr darstelle. In diesem Zusammenhang betont es erneut die Wirksamkeit der von Fr. vorgenommenen Abtretung.³²⁾

31) aaO, S. 369.

32) aaO, S. 370.

" Von bösem Glauben der Erwerberin im Sinne des § 892 B'GB kann schon deshalb keine Rede sein, weil Fr. sachlich-rechtlich Gläubiger der Hypothek war, eine Unrichtigkeit des Grundbuchs also nicht in Frage kam. Böser Glaube der A im Sinne einer Kenntnis der schuldrechtlichen Beziehungen des Fr. zum Kläger bezüglich der Hypothek aber hätte den dinglichen Rechtserwerb der A nicht gehindert."

Weniger eingehend als diese Entscheidung hatten sich schon vorher zwei andere Reichsgerichtsentscheidungen mit dem Problem befaßt.

In der ersteren³³⁾ ging es um die Rechtsstellung eines SN, dem Ansprüche aus einer Lebensversicherung sicherungshalber abgetreten waren und der wußte, daß der SG diese Ansprüche seinerseits auch nur sicherungshalber von X übertragen erhalten hatte. Er klagte in allen Instanzen erfolgreich gegen die Erben des X auf Einwilligung in die Auszahlung der Versicherungssumme an ihn. Das RG erklärte es dabei für unerheblich, ob die Schuld, zu deren Sicherung X die Versicherungsansprüche an den SG abgetreten hatte, inzwischen getilgt sei. X habe gegen den SG nur schuldrechtliche Ansprüche gehabt. Gegen den SN habe er keine Ansprüche. Es sei nicht behauptet worden, daß die Schuld des X schon zur Zeit der Abtretung an den SN getilgt gewesen und dies dem SN bekannt gewesen sei. Auch liege in der Klage nicht deshalb ein Verstoß gegen Treu und Glauben, weil der Kläger gewußt habe, daß sein Zedent verpflichtet war, die Forderung nach Tilgung der Schulden des X an diesen zurückzuübertragen.

In der anderen Entscheidung³⁴⁾ ging es um die Rechtsfolgen einer fiduziarischen Inkassozeession. Der Kläger hatte eine Forderung einziehungshalber mittels Abtretungsurkunde und Übergabe des Schuldscheins an die E-Werke abgetreten. Diese traten die Forderung sicherungshalber an den Beklagten ab. Der Kläger widerrief nun den Einziehungsauftrag und klagte im Vorprozeß erfolgreich gegen die E-Werke auf Herausgabe der Abtretungsurkunde und des Schuldscheines. Im vorliegenden Prozeß verlangte er vom Beklagten, die genannten Urkunden herauszugeben und anzuerkennen, daß

33) RGZ 95, 244 (1919).

34) RGZ 99, 142 (1920).

er nicht zur Einziehung der Forderung berechtigt sei. Das RG folgte dem KG und wies die Klage ab. Es erklärte, eine Abtretung zur Einziehung unterscheide sich in dinglicher Hinsicht nicht von einer gewöhnlichen Abtretung. Ihre dinglichen Wirkungen würden vorbehaltlich etwaiger Resolutivbedingungen durch den Widerruf des Einziehungsauftrages nicht berührt. Ein rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot könne nach § 137 BGB die dingliche Verfügungsberechtigung des Zessionars nicht ausschließen, so daß eine Abtretung durch ihn also wirksam sei. Dabei sei unerheblich, ob der Erwerber von dem Veräußerungsverbot Kenntnis hatte oder nicht. Auf den guten Glauben des Erwerbers komme es nicht an, weil der Zessionar trotz seiner schuldrechtlichen Verpflichtungen vollgültiger Gläubiger der Forderung mit allen sich daraus ergebenden Rechten gewesen sei.³⁵⁾

Der BGH hatte zwar bisher noch nicht über treuwidrige Verfügungen eines TH zu entscheiden. Er hat aber in zwei Entscheidungen ausdrücklich bestätigt, daß eine fiduziarische Rechtsübertragung dem TG keine dinglichen Rechte am Treugut beläßt, und demgemäß den dort gegebenen Sachverhalt zugunsten des TH und zuungunsten des TG bzw. der Gläubiger des TG entschieden.

In dem ersten Fall³⁶⁾ war ein Bäckermeister B in Zahlungsschwierigkeiten geraten und hatte die A-GmbH mit der Regelung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse betraut. Für sie wurde als fiduziarische Gläubigerin ein "B Treuhandkonto" eröffnet. Ein Gläubiger des B erwirkte nun mittels eines Vollstreckungstitels gegen B die Pfändung und Überweisung des Bankguthabens. Die Kläger, die B inzwischen anstelle der A-GmbH beauftragt hatte, beehrten daraufhin die Feststellung, daß das Bankguthaben ihnen zustehe. Der BGH hob das Berufungsurteil auf und gab der Klage statt, da die A-GmbH fiduziarische Gläubigerin des Bankguthabens gewesen sei und nur das Vermögen des B Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein könne. In diesem Zusammenhang führt er unter Berufung auf RGZ 153, 366 aus:³⁷⁾

35) aaO. S. 143.

36) BGHZ 11, 37 = JZ 54, 438 m.Anm.v.Raiser = NJW 54, 190 = JR 54, 218 m.Anm. v. Schütz = BGH LM Nr.1 zu § 829 ZPO = WM 1955, 372.

37) aaO. S. 43.

"Hier kann nicht daran vorbeigegangen werden, daß bei der treuhänderischen Rechtsbegründung das Eigentum und das Recht mit voller dinglicher Wirkung auf den Erwerber übergehen mit der Rechtsfolge, daß alle dinglichen Beziehungen des Eigentümers und des Inhabers des Rechts zu den Gegenständen des Treuhandvermögens gelöst werden, und daß die Verpflichtung des Treuhänders, nur in bestimmter Weise über das Treugut zu verfügen, lediglich schuldrechtlicher Art ist (§ 137 BGB) . . . "

In der anderen Entscheidung des BGH³⁸⁾ ging es um die Frage, ob bei einem fiduziarischen Treuhandverhältnis auch der TG Wertpapiere zum Wertpapierbereinigungsverfahren anmelden könne. Der BGH verneinte das und führte in der Begründung u.a. aus:³⁹⁾

" Mit der treuhänderischen Übereignung begibt sich der Treugeber der Rechte, die ihm als Eigentümer zugestanden haben würden. Er ist darauf angewiesen, darauf zu vertrauen, daß der Treuhänder nur den nach dem Treuhandvertrag vorausgesetzten Gebrauch von dem Treugut macht. Mißbraucht der Treuhänder die ihm nach außen unbeschränkt, im Innenverhältnis nach Maßgabe des Treuhandvertrages eingeräumten Befugnisse des Volleigentümers, so verbleibt dem Treugeber nur ein Schadensersatzanspruch gegen den Treuhänder. Er kann dagegen nicht unter Berufung auf seine Eigenschaft als Treugeber und wirtschaftlicher Eigentümer des Treugutes unmittelbar gegen den Vertragspartner des Treuhänders vorgehen.

Ist das Eigentum an einer Sache Anknüpfungspunkt für die Anspruchsberechtigung, so mangelt es dem Treugeber an der Rechtsgrundlage. Es besteht weder ein Bedürfnis noch die rechtliche Möglichkeit, dem Treugeber nach außen die Stellung und Rechte eines Volleigentümers zuzuerkennen. Die in der Rechtsprechung anerkannte beschränkte Außenwirkung des Treugeberrechtes nach §§ 771 ZPO, 43 KO verträgt keine weitere Ausdehnung."

38) BGH WM 1958, 1044.

39) aaO, S. 1045.

2. Der Schutz des TG in Ausnahmefällen

Wie bereits erwähnt, ist der TG nach der gegenwärtigen Rechtslage nur in besonderen Ausnahmefällen gegenüber dem D geschützt. Unter welchen tatsächlichen Umständen man solche Ausnahmefälle annimmt, sei im folgenden dargelegt. Dabei sei danach unterschieden, ob sich Unwirksamkeit der Verfügung, Schadensersatzansprüche des TG gegen den D oder Einwendungen des TG gegen den D ergeben.

a) Unwirksamkeit der treuwidrigen Verfügung

Die Wirksamkeit einer treuwidrigen Verfügung kann nur unter dem Gesichtspunkt des § 138 BGB in Frage gestellt werden. Rechtsprechung und Schrifttum haben nun zwar niemals ausdrücklich erörtert, unter welchen Umständen die treuwidrige Verfügung eines TH gegen § 138 BGB verstößt. Die herrschende Lehre kann aber solche Umstände jedenfalls nicht darin erblicken, daß die interne Pflichtwidrigkeit sowohl dem TH als auch dem D bekannt war. Denn die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäftes ergibt sich ganz allgemein noch nicht daraus, daß es obligatorische Rechte eines Dritten verletzt und der Erwerber dies weiß⁴⁰⁾. Anders hat die Rechtsprechung nur entschieden, wo die Beteiligten in bewußtem Zusammenwirken aus verwerflichen Gründen bezweckten, mit der Verfügung die Ansprüche eines Dritten zu vereiteln.⁴¹⁾ Das ist etwa angenommen worden, wo die Parteien eine beabsichtigte Grundstücksveräußerung in der Form eines Grundstückstausches vollzogen, um das dingliche Vorkaufsrecht eines Dritten zu umgehen⁴²⁾ oder wo der Erwerber kein eigenes wirtschaftliches In-

40) Siebert-Hefermehl, § 138 Anm. 20 und KG HRR 1935, Nr. 1373 (Auflassung nicht deswegen sittenwidrig, weil der Erwerber weiß, daß der Veräußerer das Grundstück zuvor an einen anderen verkauft hat).

41) vgl. Staudinger-Coing, § 138 Anm. 18 q; Krüger-Nieland in BGB-RGRK, § 138 Anm. 54; Enneccerus-Nipperdey, § 191 IV (S. 1174).

42) RGZ 88, 361 (366); vgl. auch BGH JZ 64, 228 m.w.Nachw.

teresse verfolgte, sondern ausschließlich den Veräußerer in dem Vertragsbruch bestärken und ihm dabei behilflich sein wollte, die Rechte eines Dritten zu vereiteln.⁴³⁾ Noch krasser liegt der Fall, wenn die Parteien zunächst durch verwerfliche Mittel den Dritten daran hindern, zur Wahrung seiner Rechte tätig zu werden.⁴⁴⁾

Unter derartigen Umständen wird eine treuwidrige Verfügung des TH nun aber nur selten vorgenommen. Unwirksamkeit der Verfügung kommt daher regelmäßig nicht in Betracht. Im übrigen würde die Unwirksamkeit nach herrschender Lehre nur das kausale Verpflichtungsgeschäft ergreifen.⁴⁵⁾ Der TG könnte also vom TH nur die Abtretung etwaiger Kondiktionsansprüche verlangen, die diesem gegen den D zuständen. Kondiktionsansprüche werden aber durch § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen, da die genannten Fälle gerade ein beiderseits sittenwidriges Verhalten kennzeichnet.

b) Schadensersatzansprüche gegen den D

aa) Schadensersatzansprüche des TG gegen den D können sich u.U. aus § 826 BGB ergeben. Insoweit herrscht in Rechtsprechung und Schrifttum Einigkeit.⁴⁶⁾ Wenig Klarheit besteht aber darüber, wann der Erwerb vom

43) RG JW 1926, 986.

44) OLG Kiel SchlHA 1948, 102. (Der Veräußerer hatte den Dritten bei der Militärpolizei angezeigt, um ihn verhaften zu lassen und so das Grundstück an den Erwerber veräußern zu können).

45) Übersicht und Nachweise bei Staudinger-Coing, § 138 Anm.22; vgl. auch die Analyse der Rechtsprechung bei Mast.

46) RGZ 99, 142 (145); RGZ 153, 366 (370); RG JW 1925, 1635; Siebert, S.155; Reinhardt und Erlinghagen, S.46; Assfalg, NJW 63, 1583; Enneccerus-Nipperdey, § 148 II 1 a (S.923); Lehmann, Allg. Teil, § 34 II 2 b alpha; Palandt-Hoche vor § 929 Anm.7 B a; Staudinger-Coing, Einl. vor § 104 Anm. 60 h.

treuwidrigen TH die Voraussetzungen des § 826 BGB erfüllt.

Dabei geht es insbesondere um die Frage, ob der D bereits sittenwidrig handelt, wenn er bei dem Erwerb das treuwidrige Verhalten des TH erkannte.

Hierzu hat das Schrifttum nur vereinzelt und unterschiedlich Stellung genommen⁴⁷⁾. Auch die Position der Rechtsprechung ist nur scheinbar klar, wenn sie verlangt, der D müsse an der Treuwidrigkeit des TH "planmäßig mitgewirkt"⁴⁸⁾ haben. Was nämlich unter "planmäßiger Mitwirkung" zu verstehen ist, bleibt unklar.

So soll einerseits die Kenntnis von der Treuwidrigkeit diese Voraussetzung noch nicht erfüllen. In der bereits dargestellten Entscheidung RGZ 153, 366 ließ das RG offen, ob die A sich des Treubruchs des Fr. bewußt gewesen sei, stellte aber dennoch fest, der Kläger habe nichts dafür vortragen, "daß die Vertreter der . . . (A) mit Fr. zum Schaden des Klägers in sittenwidriger Weise zusammengewirkt hätten . . . oder daß die Beklagte in solcher Weise an dem Abtretungsgeschäft zwischen der A und Fr. beteiligt gewesen sei".⁴⁹⁾ Damit entfalle auch jeder Anspruch gegen die Beklagte aus § 826. Die Beklagte habe auf Grund ihrer vollstreckbaren Titel gegen Fr. in dessen Vermögen die Zwangsvollstreckung betrieben. Die bloße Kenntnis der Tatsache, daß Fr. nur Treuhänder der Hypothek gewesen sei und bei der Verfügung über sie die Pflichten als Treuhänder verletzt habe, lasse das Vorgehen der Beklagten noch nicht als sittenwidrig erscheinen, zumal der von ihr gepfändete Anspruch des Fr. gegen die A eben nicht mehr zum Treugut gehört habe.

Ganz entsprechend läßt die ebenfalls schon dargestellte Entscheidung RGZ 99, 142 (145) offen, ob D vom Widerruf der Einziehungsermächtigung Kenntnis gehabt habe, lehnt aber einen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB ab, weil D hierfür mit dem TH "in einer gegen die guten

47) Verneinen d Nord, S.17; bejahend Kohler, S.531 Z. 6.

48) vgl. die Entscheidungen bei Anm.46); etwas abweichend verlangt RG JW 1935, 3300 Nr.7, daß sich der Erwerb "mit dem Verhalten eines ordentlichen Kaufmanns nicht verträgt."

49) aaO., S. 370.

Sitten verstoßenden Weise . . . zusammengewirkt" haben müßte und ein entsprechender Sachverhalt nicht behauptet worden sei.

Andererseits werden Kenntnis der Treuwidrigkeit und "planmäßige Mitwirkung" in der einzigen Entscheidung, die eine sittenwidrige Schädigung des TG durch den D bejaht hat, praktisch gleichgesetzt. In ihr ging es um folgenden Sachverhalt.⁵⁰⁾ Die Klägerin hatte eine Forderung gegen die beklagte Schuldnerin aus nicht näher ersichtlichen Gründen treuhänderisch an die mitbeklagte Zessionarin abgetreten. Die Schuldnerin wußte, daß die Zessionarin nur treuhänderische Gläubigerin war und die Forderung nicht für eigene Zwecke einziehen oder verwerten durfte. Sie hatte der Klägerin ausdrücklich versprochen, deren Interessen wahrzunehmen. Dennoch zahlte sie den Forderungsbetrag an die Zessionarin aus, obwohl ihr bekannt war, daß diese das Geld für eigene Zwecke verwerten wollte. Ebenso wie die Vorinstanz verurteilte auch das RG die Schuldnerin nach § 826 BGB zum Schadensersatz. In der Begründung heißt es, der Schuldner einer fiduziarisch abgetretenen Forderung sei zwar "an sich" berechtigt, an den TH zu zahlen, wisse er aber, daß der TH die Forderung treuwidrig einziehe und wirke "er planmäßig dabei mit, die Forderung auf die Weise dem Abtretenden überhaupt zu entziehen, ging er also darauf aus (!), im Verein mit dem Treuhänder den Gläubiger zu benachteiligen", so sei diese Handlungsweise verwerflich. Denn es sei in der Rechtsprechung anerkannt, daß ein planmäßiges Zusammenwirken mehrerer zur Schädigung fremder - auch obligatorischer - Rechte nach § 826 zum Schadensersatz verpflichte.

In einer weiteren Entscheidung wird die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruches nach § 826 BGB nur kurz erwähnt.⁵¹⁾ Es heißt dort, die Übertragung und der Erwerb des Eigentums könne, wenn sich der Erwerb "mit dem Verhalten eines ordentlichen Kaufmanns nicht verträgt", im Einzelfall selbst dann gegen die guten Sitten verstoßen, wenn dem Veräußerer wie im Falle einer Sicherungsübereignung formell das Verfügungsrecht zustehe.⁵²⁾

50) RG JW 1925, 1635.

51) RG JW 1935, 3300 Nr. 7.

52) Dabei läßt allerdings die unvollständige Wiedergabe nicht erkennen, ob es vorliegend überhaupt um eine Sicherungstreuhand ging.

Blicken wir angesichts dieser unklaren Position der Rechtsprechung auf die Behandlung vergleichbarer Sachverhalte, so kommen hierfür vor allem alle Fälle einer Ausnutzung fremden Vertragsbruches bzw. einer Verleitung zum Vertragsbruch in Frage.

Dort sieht man in dem Erwerb nicht bereits deshalb einen Verstoß gegen § 826 BGB, weil die Veräußerung obligatorische Rechte eines Dritten verletzt und der Erwerber dies weiß.⁵³⁾ Wer also beispielsweise gegen den Veräußerer einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums⁵⁴⁾ oder des Besitzes⁵⁵⁾ hatte, kann gegen den bösgläubigen Erwerber nicht aus § 826 BGB vorgehen. Die Brauerei, die mit ihrem Kunden in Kenntnis den zwischen diesem und einer Konkurrenzfirma bestehenden Bierlieferungsvertrages die ausschließliche Abnahme ihres eigenen Bieres vereinbart, haftet der Konkurrenzfirma nicht aus § 826.⁵⁶⁾ Anders ist auch hier nur bei "planmäßigem Zusammenwirken zur Schädigung Dritter" entschieden worden.⁵⁷⁾ Auch hier läßt sich diese Formel mit Hilfe der Entscheidungen nicht konkretisieren.

Vergleichbar ist weiter auch der Fall, daß ein Verkaufskommissionär pflichtwidrig über eine Forderung verfügt. Dort hält man zwar die pflicht-

53) vgl. etwa Haager in BGB-RGRK, § 823 Anm.28; Enneccerus-Lehmann, § 1 III 1 b.

a.A. aber Larenz, Bd.I, § 2 II (S.12 Anm.1); Siebert-Schräder, § 826 Anm.121 sowie RG KonkuTreuh. 1929, 103 (VI 617/1928) (Z war von der Beklagten beauftragt worden, deren Grundstück in der Zwangsversteigerung zu ersteigern und später an sie zurückzuübertragen, Z erhielt den Zuschlag, veräußerte das Grundstück aber an die Kläger.- Das RG entschied, die Beklagte könne von den Klägern nach §§ 826, 249 Rückübertragung des Grundstücks an Z verlangen, da sich die Kläger "an der vorsätzlichen und sittenwidrigen Schadenszufügung . . . in Kenntnis des Sachverhalts . . . beteiligt (hätten), indem sie die letztere (die Beklagte) um ihren Anspruch auf Eigentumserwerb gebracht" hätten.

54) RGZ 103, 419; RG JW 1922, 1390 Nr.6.

55) RGZ 83, 237 (239).

56) RGZ 78, 14 (18).

57) RG JW 1922, 1390; 1926, 986; 1928, 2446 Nr.10; RGZ 91, 170 (178).

widrige Verfügung ungeachtet etwaiger Bösgläubigkeit des D für wirksam.⁵⁸⁾ Weiß der D aber, daß die Überschreitung der Befugnisse zum Nachteil des Kommittenten geschieht, so hält man die Voraussetzungen des § 826 BGB für gegeben.⁵⁹⁾

Eine andere Frage ist es, ob der D jedenfalls dann sittenwidrig handelt, wenn er bewußt auf den Treubruch des TH hinwirkt. Solche Fälle hatte die Praxis offenbar noch nicht zu entscheiden. Vergleichbar sind aber auch hier die Fälle, in denen jemand von einem Veräußerer erwirbt, der den veräußerten Gegenstand schon vorher an einen anderen verkauft hatte. Dort hat die Praxis eine sittenwidrige Schädigung angenommen, wenn der Erwerber den Vertragsbruch des Veräußerers dadurch herbeiführte, daß er bewußt einen höheren Kaufpreis bot⁶⁰⁾ oder für etwaige Schadensersatzansprüche oder Vertragsstrafen des Geschädigten gegen den Veräußerer aufzukommen versprach.⁶¹⁾ Wo er den Veräußerer ohne derartige Mittel zum Vertragsbruch bestimmte, hat das RG die Sittenwidrigkeit teilweise bejaht,⁶²⁾ teilweise verneint⁶³⁾ und teilweise bewußt offen gelassen.⁶⁴⁾

bb) Man hat gelegentlich versucht, einen Schadensersatzanspruch des TG gegen den D auf § 823 Abs.1 BGB zu stützen.⁶⁵⁾ Dem steht aber entgegen, daß die Verletzbarkeit eines Forderungsrechts durch Dritte heute einmütig abgelehnt wird.⁶⁶⁾ Ob hiervon eine Ausnahme zu gelten hat, soweit ein

58) Schlegelberger-Hefermehl, § 392 Anm.14; Ratz in HGB-RGRK, § 392 Anm.12; gegenüber Gläubigern des Kommissionärs hilft allerdings § 392 Abs.2. Die analoge Anwendung dieser Vorschrift auf Fahrmis bei der Einkaufskommission (vgl. dazu etwa Schmidt-Rimpler, S.937 ff) lehnt die herrschende Lehre ab.

59) BGH Betr. 1959, 912 = KTS 1960, 39; Schlegelberger-Hefermehl, § 392 Anm.14; Ratz in HGB-RGRK § 392 Anm. 9 u. 12.

60) RGZ 103, 419.

61) RGZ 81, 86 (91); RG Warn. 1913, 387 (Nr. 322).

62) RGZ 91, 178 passim.

63) RG Warn. 1913, 387 (Nr. 322).

64) RG JW 1931, 2238 Nr.10.

65) so etwa Haemmerle, S. 691.

66) Enneccerus-Lehmann, § 234 I 1 d(S.943), Esser, § 202 I bbb; Haager in BGB-RGRK § 823 Anm.20; Siebert-Schräder, § 823 Anm.36; RGZ 57, 353 (355) u. st.Rspr., neuerdings wieder BGHZ 12, 308 (317 f).

Dritter unter dem Schutz des Rechtsscheins, beispielsweise auf Grund des § 407 BGB, die Forderung selbst zum Erlöschen bringt, ist hier ohne Belang.⁶⁷⁾

Denn der vom TH erwerbende Dritte greift nicht in den Bestand des Forderungsrechts ein, sondern macht lediglich dem TH die Leistung unmöglich. Demnach läßt sich § 823 Abs. 1 für einen Schadensersatzanspruch nicht heranziehen.

cc) Schließlich kann sich ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs.2 BGB in Verbindung mit § 266 StGB ergeben. Der Straftatbestand der Untreue ist unstreitig ein Schutzgesetz i.S. des § 823 Abs.2 BGB.⁶⁸⁾ Macht sich also der D einer strafbaren Beihilfe an der Untreue des TH schuldig, so verpflichtet ihn das nach § 823 Abs.2 BGB i.V. mit §§ 830, 840 BGB zum Schadensersatz.

Wie weit nun der TG auf diesem Wege gegen treuwidrige Verfügungen geschützt werden kann, ist bisher nur hinsichtlich der bis zum 1.6.1933 geltenden, engeren Fassung des § 266 StGB untersucht worden.⁶⁹⁾ Damals stand der Anwendbarkeit des § 266 StGB entgegen, daß die Veruntreuung an "Vermögensstücken des Auftraggebers" begangen werden mußte.⁷⁰⁾ Im Hinblick auf die geltende Fassung muß zwischen den beiden Tatbestandsalternativen unterschieden werden. Der Mißbrauchstatbestand läßt sich auf treuwidrige Verfügungen eines fiduziarischen TH nicht anwenden,⁷¹⁾ da er eine Verfügung über "fremdes Vermögen" voraussetzt und diese Voraussetzung nach rechtlichen, nicht aber nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilen ist.⁷²⁾ Der Treubruchstatbestand läßt sich dagegen an-

67) Bejahend etwa v.Caemmerer, Bereicherung, S.355 m.Nachw., auch Larenz, Bd. I, § 2 II, (S.12); verneinend etwa Enneccerus-Lehmann, § 234 I 1 d m.Nachw.

68) RGZ 118, 312 (313); BGHZ 8, 276 (284); Haager in BGB-RGRK, § 823 Anm.106; Palandt-Gramm, § 823 Anm. 9 f.

69) Siebert, S.176 ff; Haemmerle, S.705; Friedmann, S. 1124 ff.

70) zu den Versuchen einer extensiven Auslegung vgl. Siebert und Friedmann in Anm.69.

71) Schönke-Schröder, § 266 II 3 e (=Rdnr.17); Baumann, S.146; mißverständlich dagegen die Einreihung der zur alten Fassung ergangenen Entscheidung unter den Mißbrauchstatbestand im LeipzKomm. § 266 Anm.2 c und bei Schwarz-Dreher, § 266 Anm.1 A b bb.

72) BGHSt. 1, 186 (187 f); LeipzKomm. § 266 Anm.2 a dd.

wenden, da der TH mit einer treuwidrigen Verfügung "die ihm kraft Rechtsgeschäfts obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen" verletzt. Das ist in der Literatur allgemein anerkannt.⁷³⁾

Auch die Rechtsprechung hat den Treubruchstatbestand herangezogen. So hat beispielsweise das OLG Hamburg kürzlich einen TH nach §§ 823 Abs.2 BGB, 266 StGB zum Schadensersatz verurteilt, der Grundsschulden, die ihm der TG zur Sanierung von Gläubigern treuhänderisch abgetreten hatte, für eigene Zwecke verwertet hatte.⁷⁴⁾

Der BGH hatte zu entsprechenden Entscheidungen noch keinen Anlaß. Er hat aber in anderem Zusammenhang ausgesprochen, daß auch der Eigentümer rechtsgeschäftlich zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen verpflichtet sein kann. So hat er einen Verkaufskommissionär wegen Verletzung des Treubruchstatbestandes verurteilt, der den Verkaufserlös vertragswidrig für eigene Zwecke verwendet hatte. Dabei ließ der BGH ausdrücklich offen, ob im Augenblick der Veruntreuung noch der Kommissionär oder bereits der Kommittent Eigentümer des Geldes war.⁷⁵⁾

Ist der Treubruchstatbestand somit anwendbar, so werden die objektiven Tatbestandsmerkmale des § 266 StGB durch eine treuwidrige Verfügung des TH in jedem Falle erfüllt. Der Vermögensnachteil des TG liegt in der Vereitelung bzw. Beeinträchtigung vermögenswerter Ansprüche, die in jedem Falle den schuldrechtlichen Verpflichtungen des TH gegenüberstehen. Dabei ist unerheblich, ob dem TG aus der treuwidrigen Verfügung vertragliche oder deliktische Schadensersatzansprüche gegen den TH oder den D erwachsen.⁷⁶⁾

73) Schönke-Schröder, § 266 III 2 a, (= Rdnr. 29); LeipzKomm. § 266 Anm. 3 b; Welzel, § 55 B 1 b ß (S. 328); - Früher bereits Schneider-Neuenburg, S.2339 und Schwinge-Siebert, S. 35. Ausdrücklich für den SN Schönke-Schröder, § 266 III 1 b (= Rdnr.25) und Baumann, S. 152. Ferner Maurach, § 39 II A 2 (S.326).

74) OLG Hamburg, MDR 1961, 687.

75) BGH LM Nr.11 zu § 266 StGB.

76) vgl. Leipz. Komm. vor § 249 Anm. III 3 b bb.

Beihilfe des D kommt nun nach neuerer Rechtsprechung nur bei vorsätzlich begangener Haupttat in Betracht.⁷⁷⁾ Der TH muß sich also über die Existenz und Verletzung seiner Treupflicht sowie über die den TG treffende Vermögensschädigung im klaren sein. Das mag regelmäßig der Fall sein. Immerhin mag der TH die Pflichtverletzung aber auch unbewußt vornehmen.⁷⁸⁾ Ein Schadensersatzanspruch gegen D auf Grund §§ 823 Abs.2 BGB, 266 StGB scheidet dann also aus.

Hat der TH eine vorsätzliche Untreue begangen, so erfüllt die Erwerbs- handlung des D zwar objektiv die Voraussetzungen einer Beihilfe. Um aber eine Hattung des D nach § 823 Abs.2 zu begründen, müssen sämtliche für eine Zuwiderhandlung gegen das Schutzgesetz erforderlichen Tatbestands- merkmale gegeben sein.⁷⁹⁾ Die Beihilfe muß also vorsätzlich begangen werden.⁸⁰⁾ Auch der D muß also wissen, daß die Verfügung eine dem TH obliegende Treupflicht zum Nachteil des TG verletzt.

Zu berücksichtigen bleibt schließlich, daß der Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1960^{80a)} die Möglichkeiten eines Schadensersatzanspruches aus § 823 Abs.2 erheblich einschränkt. So kommt nach § 263 Abs.1 des Entwurfs als Täter für eine Untreue nur in Betracht, wer "damit betraut ist, Vermögen eines anderen zu verwalten". Da der fiduziarische TH zivilrechtlich gesehen eigenes Vermögen verwaltet, gehört er nicht hierher. Zwar werden Treuhänder unter Ziffer 1 b ausdrücklich neben anderen Vermögensverwaltern genannt. Der Zusammenhang ergibt aber, daß damit nur der ermächtigte, nicht hingegen der fiduziarische TH gemeint sein kann.

77) vor allem BGHSt. 9, 370 (375).

78) etwa bei irrig angenommenem Einverständnis des TG, vgl. dazu die unveröffentlichte Entscheidung des BGH 5 St. 390/60 v. 4.10.1960 (zitiert nach Schwarz-Dreher, § 266 Anm.3); zu unbewußt pflichtwidrigen Verfügungen vgl. im übrigen unten S. 119 f.

79) Enneccerus-Lehmann, § 235 III 1 (S.953); Soergel-Siebert, § 823 Anm.467; Palandt-Gramm, § 823 Anm. 9 c; RGZ 118, 312 (315) und RG HRR 1940, Nr. 741.

80) Anders als nach der sonst im Zivilrecht anerkannten Vorsatztheorie soll dazu das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht gehören (so neuerdings BGH JZ 63, 218).

80a) Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1960) mit Begründung, Bundesrats- Drucksache 270/60.

Nach § 263 Abs.2 des Entwurfes kann darüber hinaus Täter sein, wer "damit betraut ist, Vermögensangelegenheiten eines anderen durch Abschluß von Rechtsgeschäften für dessen Rechnung zu besorgen". Dazu heißt es in der Begründung des Entwurfes,⁸¹⁾ diese Fassung wolle alle Tätigkeiten für eigene Rechnung und im eigenen Namen ausschließen. Wer über ihm sicherungshalber übereignete Gegenstände widerrechtlich verfüge, begehe nach dem Entwurf also keine Untreue. In den Fällen einer Sicherungstreuhand kommt der Weg über § 823 Abs.2 nach dem Entwurf also nicht in Betracht. Weniger eindeutig ist, ob der Entwurf die Strafbarkeit auch bei fremdnützigen Treuhandverhältnissen ablehnen will. Nach der Begründung würde es näher liegen, die Strafbarkeit hier zu bejahen.⁸²⁾

Auch die subjektiven Voraussetzungen der Strafbarkeit will der Entwurf verschärfen. Genügte nämlich nach geltender Fassung bedingter Vorsatz auch hinsichtlich der Vermögensschädigung, so verlangt der Entwurf nunmehr eine "absichtliche"⁸³⁾ Schadenszufügung oder doch eine "wissentliche"⁸⁴⁾ Schädigung in Bereicherungsabsicht.

Zusammenfassend läßt sich zur Möglichkeit eines Schadensersatzanspruches gegen D folgendes sagen:

Kenntnis des D von der Treuwidrigkeit erfüllt nach herrschender Lehre noch nicht den Tatbestand des § 826 BGB. Welche weiteren Umstände hinzutreten müssen, ist ungeklärt. Sie erfüllt dagegen nach gegenwärtiger Fassung des § 266 StGB dann den Tatbestand des § 823 Abs.2 BGB, wenn der TH eine vorsätzliche Untreue begangen hat.

dd) Wird ein Schadensersatzanspruch des TG gegen den D im Einzelfall bejaht, so kann der TG von D nach § 249 BGB nicht nur Schadensersatz

81) Begründung, S.402.

82) Der fremdnützige TH handelt schwerlich "für eigene Rechnung". Seine Tätigkeit bringt ihm allenfalls einen Vergütungsanspruch, trifft aber mit allen anderen wirtschaftlichen Vor- und Nachteilen den TG bzw. den Begünstigten.

83) vgl. die Legaldefinition in § 17 Abs.1 Entw.

84) vgl. die Legaldefinition in § 17 Abs.2 Entw.

in Geld, sondern auch die Herausgabe der Sache verlangen.⁸⁵⁾ Fraglich ist jedoch, ob er Herausgabe unmittelbar an sich oder nur an seinen TH verlangen kann. Die Praxis hatte das bisher im Hinblick auf Treuhandverhältnisse nicht zu entscheiden. Wir müssen deshalb auch hier vergleichsweise die Fälle heranziehen, in denen ein vertragsbrüchiger Verkäufer die Sache nicht an den Käufer, sondern an einen anderen veräußerte. Dort gibt die Praxis dem Käufer, sofern das Verhalten des Erwerbers die Voraussetzungen des § 826 BGB erfüllt, einen Anspruch auf unmittelbare Herausgabe an sich selbst. Das RG hat dazu ausgeführt, nach § 249 BGB sei nicht schlechthin die frühere Sachlage wieder herzustellen, vielmehr sei die Entwicklung zu berücksichtigen, die ohne das schadenbringende Ereignis nach den Erfahrungssätzen aller Wahrscheinlichkeit nach eingetreten wäre.⁸⁶⁾ Habe also der Erstkäufer seinen vertraglichen Anspruch gegen den Verkäufer unmittelbar durchsetzen können und ständen keine Momente der Annahme entgegen, daß er diesen Anspruch auch verwirklichen wollte, so habe der Erwerber die Gegenstände unmittelbar an ihn herauszugeben. In einer späteren Entscheidung⁸⁷⁾ heißt es weniger klar, der Erwerber sei nach §§ 826, 249 BGB "verpflichtet, zur Beschaffung des Eigentums an den Beklagten (i.e. den Erstkäufer) mitzuwirken." In welcher Weise diese Verpflichtung zu erfüllen sei, hänge vom Klagantrag des Erstkäufers ab. Wie in der vorgenannten Entscheidung ausgesprochen, könne sich der Klagantrag auch auf unmittelbare Herausgabe an den Erstkäufer richten.

Unter Berufung auf diese Rechtsprechung hat Siebert⁸⁸⁾ auch dem TG einen Anspruch auf unmittelbare Herausgabe zugesprochen. Das erscheint für den Regelfall im Ergebnis sachgerecht. Nur wird man hier nicht auf den hypothetischen Geschehensablauf abstellen können. Wäre nämlich die schädigende Verfügung nicht vorgenommen worden, so wäre der TH regelmäßig weiterhin Eigentümer und - bei fremdnütziger Treuhand - Besitzer des Treuguts. Entscheidend ist aber, daß die treuwidrige Verfügung den TG meistens zur Kündigung des Innenverhältnisses berechtigt. Für die Verwaltungstreuhand folgt das anerkanntermaßen schon aus der jederzeitigen Widerrufbarkeit des

85) So überzeugend RGZ 108, 58 (59) = JW 1924, 811 mit zust.Anm. von Rosenberg gegen RGZ 103, 419 (420).

86) RGZ 108, 58 (59); ähnlich Enneccerus-Lehmann, § 1 III (S.4).

87) RG JW 1926, 986 m.zust.Anm.v.Endemann.

88) Siebert, S.155.- Ebenso jetzt Assfalg, S.123.

Auftragsverhältnisses (§ 671 Abs. 1 BGB).⁸⁹⁾ Bei einer Sicherungstreuhand wird man indes kein Auftragsverhältnis annehmen können⁹⁰⁾ und deshalb im Einzelfall fragen müssen, ob das Ausmaß der Veruntreuung eine Kündigung auch unter Berücksichtigung des Sicherungsbedürfnisses des SN rechtfertigt. Ist nun das Innenverhältnis kündbar, so kann der TG vom TH Rückübertragung des Treugutes verlangen. Dann aber wäre es ein unnötiger und für den TG zudem gefährlicher Umweg, wenn der TG auf Grund seines Ersatzanspruches gegen D nur die Rückübertragung an den TH verlangen könnte.⁹¹⁾

c) Einwendungen bzw. Einreden des TG

Besonderen Schutz genießt der TG dort, wo das Treuhandverhältnis dem TH einen einredebehafteten Anspruch gegen den TG gewährt. Der TG kann hier seine Einwendungen bzw. Einreden auch dem D entgegensetzen.

89) dazu insbesondere Zahn, S.30 ff.

90) dazu näher unten S. 136.

91) Zu Recht hat Endemann, aaO, betont, der Umweg über den Verkäufer sei kostspielig und im Erfolge immer zweifelhaft, für die Verwirklichung des Ersatzanspruches müsse aber ein einfacher und sicherer Weg eröffnet werden.

Offensichtlich aus diesem Grunde hat auch der BGH in der unten S. 89 f wiedergegebenen Film-Entscheidung den Schadensersatzanspruch des Klägers nicht auf Zahlung an die C-Gesellschaft, sondern auf Zahlung unmittelbar an den Kläger gerichtet. Aus § 249 BGB und dem hypothetischen Geschehensablauf läßt sich das nicht erklären.

aa) Das gilt zunächst für den Normalfall der Sicherungsübereignung. Hier kann der SN die Sache zwar durch Abtretung seines Herausgabeanspruchs wirksam veräußern (§ 931 BGB). Klagt der D aber auf Herausgabe, so kann der SG gemäß § 986 Abs.2 auch ihm sein Recht zum Besitz entgegenhalten. Dabei ist sogar unerheblich, ob D vom Bestehen dieser Einwendung⁹²⁾ Kenntnis hatte oder nicht. Das gleiche gilt, wenn der SN als mittelbarer Besitzer die Sache nach § 930 BGB durch Besitzkonstitut veräußert,⁹³⁾ sie nach § 1205 Abs.2 verpfändet oder einen Nießbrauch an ihr bestellt.⁹⁴⁾ In jedem Falle bleibt die Klage des D solange erfolglos, wie der SG dem SN gegenüber zum Besitze berechtigt ist, also regelmäßig bis zur Fälligkeit der gesicherten Forderung.

Auch gegenüber Rechtsnachfolgern und Gläubigern des D ist der SG geschützt. Den ersteren kann er seine Einwendungen in gleicher Weise entgegenhalten,⁹⁵⁾ da anderentfalls der von § 986 Abs.2 bezweckte Besitzschutz vereitelt würde, ohne daß Anlaß dafür bestände, den Rechtsnachfolger des D weitergehend gegen Einwendungen des Besitzers zu schützen als den D selbst. Die Gläubiger des D können die Sache nicht pfänden, solange der SG die Herausgabe verweigert (§§ 808, 809 ZPO). Die Herausgabe wird zwar nach § 847 ZPO angeordnet, wenn ein Gläubiger den Herausgabeanspruch des D pfändet. Das ermächtigt den Gerichtsvollzieher jedoch nicht, die Herausgabe gegen den Willen des SG zu erzwingen.⁹⁶⁾ Der Gläubiger muß sich dann vielmehr den Herausgabeanspruch überweisen lassen und den SG verklagen, der jedoch auch ihm alle zur Zeit der Pfändung bestehenden Einwendungen entgegenhalten kann.⁹⁷⁾ Im Konkurs des D fällt die Sache nicht in die Masse, da sie nicht der Zwangsvollstreckung unterliegt. Der Konkursverwalter kann nur den Herausgabeanspruch geltend machen, dem der SG auch hier wieder alle Einwendungen

92) Auf den bekannten Streit, ob § 986 Abs.2 eine Einwendung oder eine Einrede enthält, kommt es hier nicht an. Für ersteres wohl zu Recht Raiser, S.123 ff, insbes. S.125 f, 139, auch Wolff-Raiser § 84 IV Anm.15; Baur, § 11 B I 1

93) Wolff-Raiser, § 84 Anm.21; Staudinger-Berg, / 986 Anm.17.

94) Palandt-Hoche, § 986 Anm.5 a; Staudinger-Berg, § 986 Anm.17.

95) so für die entsprechende Vorschrift des § 404 BGB ausdrücklich auch Heck, Schuldrecht, § 67 Nr.2.

96) so ausdrücklich § 176 Ziff.2 GVGA.

97) so für die Überweisung einer Geldforderung Baumbach-Lauterbach, § 835 Anm.6; Schönke-Baur, § 28 VII 5 c; Rosenberg, § 193 III 2 b.

aus § 986 Abs.2 entgegenhalten kann.⁹⁸⁾

Die Vorschrift des § 986 Abs.2 schützt freilich nur das Besitzrecht des SG. Sie unterwirft D aber nicht den Vertragspflichten des SN. Soweit also nicht infolge einer Resolutivbedingung Besonderheiten gelten,⁹⁹⁾ ist nach Tilgung der gesicherten Forderung also zwar der SN zur Rückübertragung verpflichtet, nicht aber der D. Das führt nun offensichtlich zu unsinnigen Ergebnissen, da Eigentum und Besitz auf diese Weise endgültig voneinander getrennt werden. So kann einerseits der SG die Sache zwar in vollem Umfange nutzen, nicht aber veräußern, verpfänden oder sonstwie über sie verfügen. Andererseits ist D zwar Verfügungsberechtigter Eigentümer. Er kann aber niemals Herausgabe des Sicherungsgutes verlangen. Er kann ferner von seiner Verfügungsberechtigung keinen nutzbringenden Gebrauch machen, da sich angesichts der Einwendung des SG niemand für den Erwerb des Sicherungsgutes interessieren wird und D sich gegenüber dem Erwerber schadensersatzpflichtig macht, wenn er das Bestehen der Einwendung verschweigt. Die Eigentümerstellung ist mithin für D ohne jeglichen wirtschaftlichen Wert.

Eine derartige Rechtslage hat das RG in einer freilich andere Umstände betreffenden Entscheidung zu Recht vermeiden wollen.¹⁰⁰⁾ Es ging dort um folgenden Sachverhalt:

Der spätere Gemeinschuldner hatte sein Grundstück an den Beklagten verkauft und übergeben, aber noch nicht aufgelassen. Der Konkursverwalter lehnte gem. § 17 KO die Erfüllung des Vertrages ab und verlangte Herausgabe des Grundstückes. Der Beklagte erhob dagegen die Einrede rei

98) Umstritten ist die Wirkung des § 986 Abs.2 gegenüber dem Herausgabeanspruch des Konkursverwalters nur in dem - hier nicht gegebenen - Fall, wo der Konkursverwalter nach § 17 KO die Erfüllung eben des Vertrages ablehnen kann, auf den der Besitzer sein Besitzrecht gründet, also insbesondere bei der sog. exceptio rei venditae et traditae. Vgl. dazu Wolff-Raiser, § 84 Anm.21 m.Nachw.

99) dazu unten S. 29 f.

100) RGZ 90, 218.

venditae et traditae. Das erklärte das RG mit folgender Begründung für unzulässig:¹⁰¹⁾

"Bei anderer Auffassung träte ein Rechtszustand ein, der unendlich wäre und vom Gesetzgeber nicht gewollt sein kann. Der Zustand nämlich, daß der Vertragsgegner ein dauerndes Recht zum Besitz hätte ohne jedes Anrecht auf Erlangung des Eigentums, daß hingegen das Eigentumsrecht unentziehbar dem Gemeinschuldner verbliebe, ohne daß der Konkursverwalter in der Lage wäre, auch den Besitz an sich zu ziehen. Bei solchem Zustand würde dem Eigentumsrechte nicht zuteil, was ihm grundsätzlich zukommt, und erhielte andererseits der Besitz oder das Recht zum Besitz eine Beschaffenheit oder einen Wert, der ihm grundsätzlich nicht gebührt."

bb) Einen ähnlichen Schutz genießt der Grundstückseigentümer, der sicherungshalber eine Hypothek oder Grundschuld bestellt bzw. eine Eigentümergrundschuld überträgt. Er kann nach §§ 1157, 1192 bei treuwidriger Abtretung durch den Gläubiger seine Einreden aus dem Sicherungsverhältnis jedenfalls dem schlechtgläubigen Zessionar entgegensetzen.¹⁰²⁾ So hat das RG die dingliche Klage des Zessionars abgewiesen, wo der Zessionar im Zeitpunkt der Abtretung wußte, daß der Zedent wegen Nichtbestehens der Forderung zur Rückübertragung der Grundschuld verpflichtet war,¹⁰³⁾ die Abtretung nicht befugterweise zur Befriedigung der noch bestehenden Ansprüche vornahm¹⁰⁴⁾ oder die abgetretene Grundschuld über 10 000 Goldmark nur zur Aufnahme eines Darlehens von höchstens 3 000 Goldmark verwenden sollte.¹⁰⁵⁾ Meinungsverschiedenheiten haben sich hinsichtlich solcher Fälle ergeben, in denen der

101) aaO, S. 220.

102) Palandt-Hoche, § 1157 Anm. 2; Siebert-Baur, § 1157 Anm. 7; Schuster in BGB-RGRK § 1157 Anm. 2 u. 5; Westermann, § 116 II (S. 573).

103) RG Recht 1908, Nr. 1984. - Jüngst ferner BGH JZ 1964, 257. Dort wurde allerdings Gutgläubigkeit des Zessionars angenommen. Zugleich lag ein fiduziarisches Treuhandverhältnis vor: Der Zedent war Treuhänder für eine Züricher Firma, die für den Ehemann der Grundstückseigentümerein eine Bürgschaft abgegeben hatte.

104) RG Warnspr. 1910, Nr. 17 (S. 17); RG JW 1928, 2782 (2784).

105) RGZ 135, 357 (364).

Eigentümer den Gläubiger erst nach der treuwidrigen Abtretung befriedigt, der Zessionar aber bei der Abtretung wußte, daß der Zedent nur fiduziarischer Inhaber der Grundschild war und diese nach Schuldtilgung an den Eigentümer zurückübertragen mußte. Das RG hat hier die dingliche Klage des Zessionars abgewiesen.¹⁰⁶⁾ Es hat ausgeführt, schon das fiduziarische Rechtsverhältnis begründe - freilich aufschiebend bedingt - die Pflicht zur Rückübertragung der Grundschild. Der Eintritt der Bedingung könne dem Zessionar auch dann entgegengehalten werden, wenn die Schuld erst nach Abtretung der Grundschild getilgt worden sei. Die überwiegende Lehre ist dieser Entscheidung mit guten Gründen entgegengetreten.¹⁰⁷⁾ Man hat insbesondere vorgebracht, die Entscheidung werde dem von §§ 892, 1157 BGB bezweckten Verkehrsschutz nicht gerecht und stelle den Erwerber einer Grundschild schlechter als den Erwerber einer Hypothek, der doch durch §§ 1156 BGB gegen nachträgliche Zahlungen des Schuldners an den Zedenten geschützt sei.

Auch hier unterwirft die Einrede den Zessionar - vom seltenen Fall einer Schuldübernahme oder Gesamtnachfolge abgesehen - nicht den Vertragspflichten des Gläubigers. Sie verpflichtet den Zessionar also nicht zur Löschung bzw. Rückgabe des Briefes, sondern nur dazu, "aus der Grundschild kein Recht für sich herzuleiten".¹⁰⁸⁾ Im Gegensatz zu den Fällen des § 986 Abs. 2 lassen sich hier allerdings unbefriedigende Ergebnisse vermeiden, da sich ein Anspruch des Eigentümers auf Löschung der Grundschild aus § 1169 BGB herleiten läßt, wenn die gesicherte Forderung endgültig getilgt ist.¹⁰⁹⁾

106) RGZ 91, 218 (225).

107) Wolff-Raiser, § 154 VI 2; Baur, § 45 III 1 c bb; Dempewolf, S. 58; neuestens Scholz, NJW 62, 2229.

a.A.: Westermann, § 161 III 3 b, jedenfalls soweit der Gläubiger die Grundschild unbefugt abgetreten hat; Küchler, S. 97.

108) RG JW 1928, 2782 (2784).

109) so RGZ 91, 218 (225 ff).

3. Vorsorgliche Parteivereinbarungen zum Schutze des TG

Ein weitergehender Schutz des TG gegen treuwidrige Verfügungen läßt sich erreichen, wenn die Parteien eine Resolutivbedingung vereinbaren bzw. eine Vormerkung eintragen lassen oder die Abtretbarkeit einer Forderung ausschließen bzw. einschränken.

a) Die Resolutivbedingung

Nach herrschender Lehre¹¹⁰⁾ kann der Schutz des TG trotz der gelegentlich aus § 137 BGB hergeleiteten Bedenken¹¹¹⁾ durch Vereinbarung einer Resolutivbedingung verbessert werden. Die Parteien können also vereinbaren, das Treugut solle mit Tilgung der gesicherten Forderung oder mit einer treuwidrigen Verfügung in das Eigentum des TG zurückfallen. Im ersteren Falle sind treuwidrige Verfügungen gemäß § 161 Abs. 1 und 3 BGB unwirksam, wenn sie vor Schuldtilgung vorgenommen werden und der D das Treugut in zumindest grobfahrlässiger Unkenntnis des "durch die Bedingungssetzung veranlaßten Schwebezustands"¹¹²⁾ erwirbt. Im zweiten Falle muß Entsprechendes gelten. Das ließe sich zwar nach dem Wortlaut des § 161 BGB bezweifeln, da dieser sich nur auf "während der Schwebezeit" getroffene Verfügungen bezieht, während die Verfügung hier die Schwebezeit gerade be-

110) Grundlegend Schultze, insbes. S. 20 ff, 34 ff; ferner Siebert, S. 217

und die dort in Anm. 11 angegebene Literatur; Palandt-Hohe vor § 929 Anm. 7 C a; Staudinger-Coing, Einl. vor § 104, Anm. 60 h, Enneccerus-Nipperdey, § 148 II 2 (S. 926); Reinhardt und Erlinghagen, S. 46; Würdinger, S. 38.

Speziell zur Sicherungsübereignung Wolff-Raiser, § 179 III 2 a Anm. 24; Esser, S. 424; Baur § 57 III 1 b.

111) Vor allem Schott, insbes. S. 331 ff; auch Haemmerle, S. 689; dagegen Riezler, S. 65 ff.

112) vgl. Staudinger-Coing, § 161 Anm. 12.

endet. Der Gesetzgeber hat aber offenbar die Möglichkeit einer die Schwebezeit beendenden Verfügung lediglich übersehen. Sie abzulehnen besteht kein Anlaß. Dann aber muß § 161 BGB so ausgelegt werden, daß er auch auf derartige Bedingungen anwendbar ist. Die Frage, ob man den Gutgläubensschutz besser auf § 161 Abs.3 oder unmittelbar auf § 932 BGB stützen soll¹¹³⁾ - die Verfügung wird weder "während der Schwebezeit" noch von einem "Nichtberechtigten" i.S. des § 932 vorgenommen - ist demnach im ersteren Sinne zu beantworten.

Ist das Treugut wie regelmäßig bei der Sicherungsübereignung im Besitz des TG verblieben, so schützt eine Resolutivbedingung sogar gegenüber gutgläubigen Erwerbern. Nach überwiegender Ansicht¹¹⁴⁾ ist hier nämlich § 936 Abs.3 auf das Anwartschaftsrecht des TG entsprechend anzuwenden, so daß auch ein gutgläubiger Erwerb das Anwartschaftsrecht nicht zum Erlöschen bringt.

Trotz dieser Vorteile für den TG wird in der Praxis in der Mehrzahl aller Fälle keine Resolutivbedingung vereinbart.¹¹⁵⁾ Das mag vor allem daran liegen, daß die Vertragsbedingungen regelmäßig von dem TH als dem wirtschaftlich und sozial stärkeren Vertragspartner diktiert werden. So ist beispielsweise gerade in dem praktisch wichtigen Fall der Bankformulare nur eine obligatorische Rückübertragungspflicht vorgesehen.¹¹⁶⁾ Für besondere Fälle wie etwa die Filmkredit-Verträge¹¹⁷⁾ ist dagegen formularmäßig eine Resolutivbedingung gegeben. In den

113) Offen gelassen von Siebert, S.219.

114) v. Tuhr, II 2, S.304 Anm.86; Boehmer, Grundlagen, II 2, S.164 f.; Kuhn in BGB-RGRK § 161 Anm.7; offenbar auch Wolff-Raiser, § 70 II Anm.5; zu dem Parallellfall einer vor Bedingungseintritt nach § 931 BGB vorgenommenen Veräußerung des Vorbehaltsverkäufers auch Palandt-Hoche, § 936 Anm.1 und § 929 Anm.6 B a.

115) Staudinger-Coing meinen sogar, die Resolutivbedingung habe bisher kaum praktische Bedeutung erlangt (aaO, Einl.vor § 104 Anm.60 n). Zur Frage, ob eine Bedingung auch ohne ausdrückliche Vereinbarung vermutet werden kann, vgl. unten S. 139 f.

116) vgl. unten S.140 Anm.204.

117) vgl. § 11 S.1 der Filmkredit-Verträge (Muster Nr.173 bei Trost-Schütz, S.245) und einige weitere Beispiele bei Henke, S.47 f.

Formularbüchern für die Praxis findet man beide Möglichkeiten nebeneinander aufgezeigt.¹¹⁸⁾ Ein weiterer Grund für die beschränkte praktische Bedeutung der Resolutivbedingung ist die Bedingungsfeindlichkeit mancher Geschäfte.¹¹⁹⁾ So entfällt eine bedingte Rechtsübertragung bei der Auflassung (§ 925 Abs.2 BGB), der Übertragung des Erbbaurechts (§ 11 Abs.2 ErbbauVO) und der Indossierung von Wertpapieren (Art.12 Abs.1 WG, 15 Abs.1 SchG, § 61 Abs. 2 AktG).

b) Die Vormerkung

Bei treuhänderischer Übertragung von Grundstücken ist zwar eine Resolutivbedingung unzulässig. Der TG kann aber ebenso wirksam durch die Eintragung einer Vormerkung geschützt werden.¹²⁰⁾ So können die Parteien etwa vereinbaren, daß der TH das Grundstück im Falle einer treuwidrigen Verfügung an den TG zurückübertragen müsse. Dieser aufschiebend bedingte Auflassungsanspruch des TG kann durch Eintragung einer Vormerkung gesichert werden. Treuwidrige Veräußerungen oder Belastungen des Grundstücks sind dann nach § 883 Abs.2 BGB dem TG gegenüber unwirksam. Er kann nach § 888 Abs.1 BGB von D die Löschung der Eintragung verlangen. Dabei schützt ihn die Vormerkung sogar stärker als eine Resolutivbedingung, da die Eintragung der Vormerkung gutgläubigen Erwerb ausschließt.

118) Vgl. bei Haegele, Sicherungsübereignung, S.126 f einerseits das Vertragsmuster Nr.12 Ziff.5 (obligatorische Rückübertragungspflicht) und andererseits den Hinweis auf die Bedingungs-Alternative in der dazugehörigen Erläuterung; auf S.84 heißt es: "teilweise" werde auch eine Bedingung vereinbart. Vgl. ferner Formular-Kommentar, Formular 2.453 Ziff.V 2 auf S.531 (Resolutivbedingung) und Formular 2.454 Ziff. XV auf S.537 (Rückübertragungspflicht). Vgl. ferner die Muster bei Kersten-Bühling, § 41; Einerseits S.334 Ziff.5 und S.338 Ziff.3 (Resolutivbedingung), andererseits S.331 Ziff.6 und S.345 Ziff. 11 (Rückübertragungspflicht).

119) Übersicht hierzu etwa bei Staudinger-Coing Anm.6 bis 6c vor § 158.

120) So bereits Schultze, S.21; ferner etwa Siebert, S.216; Palandt-Hoche vor § 929 Anm.7 C a; Kersten-Bühling, § 43 III (S.353).

c) Ausschluß der Abtretbarkeit

Die Parteien können zwar nach allgemeiner Ansicht die Verfügungsfreiheit des TH wegen § 137 BGB nicht mit dinglicher Wirkung beschränken. Eine Ausnahme gilt aber für die Abtretbarkeit einer Forderung. Sie kann nach § 399 BGB durch Vereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger ausgeschlossen oder beschränkt werden. Das gewinnt im Rahmen fiduziarischer Rechtsverhältnisse Bedeutung, wenn ein Schuldner sein Grundstück mit Sicherungshypotheken oder Sicherungsgrundschulden belastet. In beiden Fällen steht der Gläubiger in einer fiduziarischen Rechtsstellung, da er die Hypothek bzw. Grundschuld zwar an Dritte übertragen kann, sie aber nach dem Innenverhältnis zum Schuldner nur zur Sicherung der Forderung verwenden darf. Bei der Grundschuld zeigt sich die fiduziarische Rechtsstellung weiterhin darin, daß der Gläubiger sie ohne die Forderung abtreten und damit vollends der treuhänderischen Bindung entziehen kann.¹²¹⁾

Soweit nun Schuldner und Gläubiger die Abtretbarkeit der Forderung ausgeschlossen haben, kann auch die akzessorische Hypothek nicht übertragen werden.¹²²⁾ Bei einer Grundschuld kann deren eigene Abtretbarkeit ausgeschlossen bzw. beschränkt werden.¹²³⁾ So dürfen beispielsweise Kreditinstitute nach ihren Geschäftsbedingungen¹²⁴⁾ Sicherungsgrundschulden nur abtreten, soweit es im Verhältnis zur Höhe der von ihnen abgetretenen Forderungen angemessen ist. Soll gutgläubiger Erwerb Dritter vermieden werden, so muß eine solche Vereinbarung allerdings eingetragen werden. Das ist nach Rechtsprechung und Lehre zulässig, da die Vereinbarung keine Verfügungsbeschränkung i.S. des § 137 BGB, sondern lediglich eine Inhaltsbeschränkung der Grundschuld selbst darstelle.¹²⁵⁾

121) so auch Westermann, § 116 II 2 b; vgl. im übrigen den Fall BGH JZ 64, 257, wo der Gläubiger die Grundschuld nach Tilgung der Forderung abgetreten hatte. Näheres oben S.27, Anm.103.

122) vgl. RG HRR 1931, Nr.927.

123) Meikel-Imhoff-Riedel, § 13 Vorbem. 176; Güthe-TriebeI vor § 13 Anm.66.

124) Ziff.21 Abs.3 AGB der Banken; Ziff.20 Abs.5 AGB der Sparkassen;

125) Meikel-Imhoff-Riedel, § 13 Vorbem.176 m.Nachw.; KG HRR 34, 557; RGZ 136, 395 (399).

Ist die Vereinbarung eingetragen, so ist eine treuwidrige Abtretung vorbehaltlich ihrer Genehmigung durch den Schuldner¹²⁶⁾ unwirksam. Ob es sich dabei um eine absolute oder relative Unwirksamkeit handelt, ist für unsere Frage ohne Belang.¹²⁷⁾ In beiden Fällen kann der Grundstückseigentümer nach Schuldtilgung die Hypothek bzw. Grundsuld vom Gläubiger zurückverlangen. Dieses Recht wird auch durch eine weitere Abtretung durch den Zessionar nicht beeinträchtigt, da der Schuldner auch gegen spätere Eintragungen geschützt ist, wenn das Abtretungsverbot eingetragen ist oder sich aus dem Brief ergibt.¹²⁸⁾

III. Ermächtigungstreuhand und Stellvertretung

1. Der Schutz gegen treuwidrige Verfügungen bei der Ermächtigungstreuhand

Die Gefahr treuwidriger Verfügungen läßt sich vielfach dadurch vermeiden, daß die Parteien anstelle einer Fiduzia eine Ermächtigungstreuhand vereinbaren oder das Treuhandverhältnis zumindest in diesem Sinne ausgelegt wird.

Die Ermächtigungstreuhand ist insbesondere von Siebert¹²⁹⁾ herausgearbeitet und der Fiduzia gegenübergestellt worden. Heute ist sie allgemein anerkannt.¹³⁰⁾ Sie ist dadurch gekennzeichnet, daß der TG Eigentümer des

126) vgl. dazu BGH Betr. 1954, 84.

127) Der BGH hat jüngst zugunsten absoluter Unwirksamkeit entschieden, BGH NJW 64, 243 = MDR 1964, 136 = JuS 1964, 161 Nr.2.
Ferner für absolute Unwirksamkeit; Palandt-Danckelmann, § 137 Anm.1; Erman-Westermann, § 137 Anm.3; Löscher in BGB-RGRK, § 399 Anm.4; Larenz, Bd.I, § 30 II, 1 (S.338 Anm.4). Für relative Unwirksamkeit; Blomeyer, § 43 III 4 b; Enneccerus-Lehmann, § 78 IV 2; Palandt-Danckelmann, § 399 Anm.6.

128) Güthe-Triebel vor § 13 Anm.70.

129) Siebert, S.235 ff, 253 ff.

130) Staudinger-Coing vor § 164 Anm.63 ff; Enneccerus-Nipperdey, § 204 I 3; Nipperdey, S.307 ff insbes.316 f, 322 f; Palandt-Hoche, vor § 929 Anm.7 C b.

Treuguts bleibt und den TH nach § 185 BGB.ermächtigt, im eigenen Namen darüber zu verfügen. Dabei kann der TG die Ermächtigung ebenso wie eine Vollmacht auf die nach dem jeweiligen Innenverhältnis erforderlichen Verfügungen beschränken.¹³¹⁾ Für die Behandlung treuwidriger Verfügungen muß nach dem Umfang der Ermächtigung unterschieden werden. Ist der TH zu Verfügungen jeder Art ermächtigt, so sind seine Verfügungen auch dann wirksam, wenn er seine dem Innenverhältnis entspringenden Verpflichtungen verletzt. Der Erwerb des D kann dann ebenso wie bei der Fiduzia nur unter den Voraussetzungen der §§ 826, 823 Abs.2 BGB rückgängig gemacht werden. Ist die Ermächtigung dagegen zweckentsprechend begrenzt, so sind alle durch die Ermächtigung nicht gedeckten Verfügungen des TH grundsätzlich unwirksam. Gutgläubiger Erwerb des D ist nur dort möglich und praktisch allerdings wohl auch der Regelfall, wo der TG die Ermächtigung mit einer Legitimationsübertragung verbunden hat und so einen Rechtsschein geschaffen hat, auf den der D vertrauen darf.

Eine solchermaßen beschränkte Ermächtigung bildet den Regelfall der Ermächtigungstreuhand, da sie dem Schutzbedürfnis des TG besser entspricht. Darüber hinaus wird man die Beschränkung der Ermächtigung in Zweifelsfällen nach den zum Vollmachtsumfang entwickelten Auslegungsregeln¹³²⁾ vermuten müssen.

Die Ermächtigungstreuhand ermöglicht somit im Gegensatz zur Fiduzia entweder sogar einen absoluten Schutz gegen treuwidrige Verfügungen oder - nämlich im Falle einer Legitimationsübertragung - zumindest einen sachgerechten Interessenausgleich zwischen TG und D. Es bleibt daher darzulegen, wie weit die Ermächtigungstreuhand anstelle der Fiduzia verwendbar ist.

131) Siebert, S.295; Enneccerus-Nipperdey, § 248 II 2.

132) dazu etwa Staudinger-Coing, § 167 Anm.13-15; auch Siebert, S.295 Anm.2.

2. Verwendungsmöglichkeiten der Ermächtigungstreuhand

Die Ermächtigungstreuhand kommt für die Fälle fremdnütziger Treuhand in Betracht. Hier steht dem Interesse des TH nicht entgegen, daß der TG bei der Ermächtigungstreuhand notwendigerweise ein konkurrierendes Verfügungsrecht behält. Es liegt aber im Interesse des TG, den für die Fiduzia typischen Machtüberschuß des TH zu vermeiden. Zu Recht hat man deshalb die Ermächtigungstreuhand als die "typische Form für die Verwaltungstreuhand"¹³³⁾ bezeichnet und bei fremdnütziger Treuhand im Zweifel auf Grund der beiderseitigen Interessenlage eine Ermächtigungstreuhand vermuten wollen.¹³⁴⁾

a) Die Einziehungsermächtigung

Der praktisch bedeutsamste Anwendungsfall der Ermächtigungstreuhand ist die Einziehungsermächtigung. Ein Gläubiger mag aus verschiedenen Gründen ein berechtigtes Interesse daran haben, seine Forderung durch einen Dritten im eigenen Namen einziehen zu lassen. Er mag sich von zeitraubender und berufsfremder¹³⁵⁾ Verwaltungsarbeit entlasten wollen. Auch werden säumige Schuldner in der Erteilung eines Inkassoauftrages häufig eine Gefährdung ihrer Kreditwürdigkeit erblicken und sich daher eher zur Zahlung bereitfinden. Schließlich wird der Gläubiger im Interesse der weiteren Geschäftsverbindung die Rolle des hartnäckigen Mahners gerne einem Dritten überlassen.

Für derartige Inkassozwecke kommen verschiedene Rechtsgestaltungen in Betracht.

133) Siebert, S.404.

134) Enneccerus-Nipperdey, § 148 II 1 (S.922).

135) Man denke etwa an die ärztlichen Verrechnungsstellen; vgl. dazu LG Hagen Rpfleger 1959, 348.

Zunächst kann der Gläubiger die Forderung fiduziarisch an den Inkassobeauftragten abtreten. Damit riskiert er treuwidrige Verfügungen und - freilich nur unter unwahrscheinlichen Umständen - auch eine Aufrechterhaltung des Schuldners gegenüber dem TH. Wird ein Inkassobüro beauftragt, so ist zudem zweifelhaft, ob eine fiduziarische Abtretung überhaupt möglich ist. Nach einer freilich wenig überzeugenden Entscheidung des OLG Nürnberg¹³⁶⁾ ist nämlich dort das Vorliegen einer fiduziarischen Abtretung selbst dann abzulehnen, wenn die Parteien die Forderung offensichtlich einziehungshalber abtreten wollten. Der BGH hat es bisher vermieden, sich mit dieser Entscheidung auseinanderzusetzen.¹³⁷⁾

Der Gläubiger kann die Forderung ferner entgeltlich abtreten. Das aber ist für den Zessionar in Ermangelung eines Gutglaubensschutzes zu riskant und würde zu spekulativen Geschäften Anlaß geben. Einsolcher Verkauf der Forderung ist denn auch zumindest im seriösen Inkassogewerbe nicht üblich.¹³⁸⁾

136) OLG Nürnberg v.21.9.1953 (2 U 111/53), in Bayer.JMBL.1953, 272.

Das Gericht erklärte eine Beweiserhebung hinsichtlich des Parteiwillens für überflüssig, da auf Grund der wirtschaftlichen Interessenlage auch dann eine bloße Einziehungsermächtigung anzunehmen sei, wenn eindeutig eine fiduziarische Abtretung vereinbart worden war. Es wies folglich die Klage des Inkassobüros ab, da kein Rechtsschutzbedürfnis vorliege. - Damit sind aber wohl die Grenzen einer Vertragsauslegung überschritten, zumal nach dem konkreten Sachverhalt kein Zweifel bestehen konnte, daß eine fiduziarische Zession vereinbart war. Auch das Ergebnis ist unbefriedigend, da dem Inkassobüro für die klagweise Geltendmachung der Forderung nur der Weg einer offenen Bevollmächtigung verbleibt.

137) so ausdrücklich BGH WM 1956, 946 (947).

138) Auskunft der Firma Creditreform in Freiburg/Br. -

Vgl. auch die AV des RJM v.24.10.1941 (Richtlinien für Inkassobüros) in DJ 1941, 1022 Nr.391: Aufgabe der Inkassobüros sei nur die Einziehung voraussichtlich unbestrittener Geldforderungen, nicht hingegen der Ankauf von Forderungen.

Schließlich kann der Gläubiger dem Beauftragten nach Rechtsprechung und überwiegender Lehre¹³⁹⁾ eine bloße Einziehungsermächtigung erteilen. Das wird zwar von einer in jüngster Zeit vordringenden Gegenmeinung bestritten.¹⁴⁰⁾ Eine kritische Auseinandersetzung mit dieser Ansicht ist angesichts der eingehenden und beachtenswerten Untersuchung Köhlers im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich. Wir gehen deshalb mit der herrschenden Lehre von der Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung aus.

Mit Hilfe der Einziehungsermächtigung läßt sich das Problem treuwidriger Verfügungen befriedigend lösen. Das wird auch von ihren Gegnern nicht bestritten.¹⁴¹⁾ Sie überträgt dem ermächtigten TH nämlich weder die Forderung noch einen "Forderungsauschnitt",¹⁴²⁾ sondern ermächtigt ihn nur, die vom Schuldner zu erbringende Leistung anzunehmen und die hierfür erforderlichen Vorbereitungs-handlungen¹⁴³⁾ vorzunehmen. Eine solche Begrenzung der Ermächtigung ist auch mangels dahingehender Vertragsbestimmungen auslegungsweise anzunehmen, wenn der TH eindeutig nur mit der Einziehung der Forderung beauftragt war.¹⁴⁴⁾ Dann aber ist jede andere Verfügung des TH, insbesondere also eine Zession oder ein Anlaß der Forderung, unwirksam. Gutgläubiger Erwerb des D kommt bei gewöhnlichen Forderungen nicht in Betracht. Auch der gute Glaube an den Umfang der Ermächtigung wird nicht geschützt.¹⁴⁵⁾

139) BGH GZS 4, 153 (164); weitere Nachweise bei Staudinger-Coing vor § 164 Anm. 63d, sowie bei Larenz, Bd.I, § 30 V c (S.348 Anm.4).

140) So insbesondere die Untersuchung von Köhler, ferner Palandt-Danckelmann, § 398 Anm.7 und Larenz, Bd.I, § 30 V c mit weiteren Nachweisen.

141) etwa Köhler, S.65.

142) Irreführende Darlegungen dieser Art noch immer bei Enneccerus-Lehmann, § 79 IV 2 ("Zession mit beschränkter Wirkung") und bei Palandt-Danckelmann, § 398 Anm.7.

Dagegen schon Siebert, S.270 m.Nachw.; neuerdings wieder Herschel, S.773.

143) dazu s.Siebert, S.262 und Köhler, S.13 ff.

144) vgl. oben S.34 und Köhler, S.62.

145) vgl. Siebert, S.295 Anm.3.

Hat der TG freilich eine Legitimationsübertragung vorgenommen, so ist gutgläubiger Erwerb des D möglich. Stellt er beispielsweise dem TH eine Zessionsurkunde aus, so wirkt dieser Rechtsschein nicht nur gem. § 409 Abs.1 Satz 2 BGB zugunsten des Schuldners, sondern analog den Regeln über die Scheinvollmacht auch zugunsten eines gutgläubigen Erwerbers.¹⁴⁶⁾ Überläßt er dem TH eine Inhaberschuldverschreibung, so kann ein Gutgläubiger nach § 932 ff BGB Eigentümer werden. Entsprechendes gilt, wenn ein Rektapapier zusammen mit einer schriftlichen Abtretungserklärung übergeben wird.

Eine besondere Rolle spielt die Einziehungsermächtigung bei den Orderpapieren. Hier steht zwar für Inkassozwecke das offene Vollmachtsindossament zur Verfügung (Art.18 Abs.1 WG, 23 Abs.1 SchG). Mit seiner Hilfe kann ein gutgläubiger Erwerb des D in jedem Falle verhindert werden, da der Vollmachtsindossator das Papier ebenfalls nur durch ein Vollmachtsindossament weitergeben kann und ein etwaiges Vollindossament in diesem Sinne umgedeutet wird.¹⁴⁷⁾ Der D ist hier nicht schutzbedürftig, da die bloße Bevollmächtigung sich notwendigerweise aus einem Art.18 Abs.1 WG entsprechenden Zusatz zu dem Indossament ergibt. Die Verwendung eines Vollmachtsindossaments bringt jedoch Nachteile mit sich. Der Vollmachtsindossator muß nämlich im Namen des Indossanten handeln und klagen,¹⁴⁸⁾ während dieser doch gerade häufig nicht als Berechtigter bzw. Prozeßpartei erscheinen will. Auch wird der Indossant regelmäßig die in einem offenen Vollmachtsindossament liegende Mißtrauensbekundung gegenüber dem Indossator vermeiden wollen.

In der Praxis wird deshalb auch für Inkassozwecke meistens ein Vollindossament erteilt. Dabei gewinnt nun die Einziehungsermächtigung Bedeutung. Ein solches "verdecktes Inkassoindossament" bewirkt nämlich nach heute

146) so auch Köhler, S.59; ähnlich Enneccerus-Lehmann, § 79 IV 2 (S.323) unter Berufung auf RGZ 81, 257 (260) (Begründung eines Rechtsscheines durch Überlassen von Grundschuldbriefen und unterschriebenen Abtretungserklärungen).

147) Baumbach-Hefermehl, Art.18 Anm.3 WG.

148) Baumbach-Hefermehl, Art.18 Anm.4 WG; Jacobi, S.634.

überwiegender Rechtsprechung und Lehre¹⁴⁹⁾ nicht notwendigerweise eine fiduziarische Übertragung des Rechtes selbst. Man nimmt vielmehr entgegen dem Wortlaut des Art.14 Abs.1 WG an, daß zur Rechtsübertragung außer dem Indossament noch ein Begebungsvertrag erforderlich ist. Dieser Begebungsvertrag braucht nicht auf Eigentumsübertragung gerichtet zu sein. Er kann ebensogut eine bloße Einziehungsermächtigung beinhalten.

Treuwidrige Verfügungen sind dann wie allgemein bei der Ermächtigung unwirksam. Anders als bei einem offenen Vollmachtsindossament führt allerdings hier die Legitimationsübertragung nach Art.16 Abs.2 WG zu gutgläubigem Erwerb des D, wenn dieser den Indossanten ohne grobe Fahrlässigkeit für den Rechtsinhaber oder zumindest für Verfügungsberechtigten¹⁵⁰⁾ hielt.

Besonders einzugehen bleibt darauf, wie Einziehungsermächtigung und fiduziarische Zession im Einzelfall voneinander abzugrenzen sind. Häufig ist nämlich nicht eindeutig erkennbar, welche dieser beiden Rechtsformen die Parteien vereinbaren wollten. Die Lehre hat hier mit Recht darauf abgestellt, daß die bloße Einziehungsermächtigung der wirtschaftlichen Interessenlage besser entspricht.¹⁵¹⁾ Auch die neuere Rechtsprechung hat diesem Gesichtspunkt Rechnung getragen. So will der BGH in Zweifelsfällen nur eine Einziehungsermächtigung annehmen. Dazu hat er anläßlich eines Scheckeinziehungsauftrages folgendes ausgeführt:¹⁵²⁾

" Es ist im einzelnen eine Frage tatrichterlicher Auslegung, welche Rechtsstellung bei einem Scheckeinziehungsauftrag der Beauftragte erhält, ob ihm formal das volle Recht aus dem Scheck übertragen

149) BGHZ 5, 285 (292); BGH NJW 1962, 861 (862); Baumbach-Hefermehl, Art.18 Anm.9 WG; Siebert, S.283 m.Nachw. in Anm.94; Köhler, S.44.

A.A.: Stranz, Art.18 Anm.12 (anders noch die 12.Aufl.), OLG Stuttgart, MDR 1954, 300 (301).

150) Art.16 Abs.2 WG schützt auch den guten Glauben an die Verfügungsbefugnis des Indossanten. Vgl.Hueck, Wertpapiere, § 9 III 1 a; Baumbach-Hefermehl, Art.16 WG Anm.10; Hildebrandt, § 6 II 4; Stranz, Art.16 Anm.27 ff; Quassowski-Albrecht, Art.16 Anm.22; RG Recht 1928, 537.

a.A.: Stanzl, S.94 ff u. offenbar auch Jacobi, S.60 f.

151) vgl. oben S.34.

152) BGHZ 5, 285 (292 ff).

und er nur im Innenverhältnis gegenüber seinem Auftraggeber Bindungen unterworfen wird (Verwaltungstreuhand) oder ob er nur die äußere Legitimation zur Geltendmachung eines ihm fremden Rechts aus dem Scheck erhält (Legitimationszession).

In dieser Hinsicht steht die Wahl der Rechtsform in dem Belieben der Parteien, mag auch ohne Vorliegen besonderer Umstände im einzelnen Fall die Annahme naheliegen, daß bei einem Einziehungsauftrag lediglich die äußere Legitimationsübertragung vorgenommen ist (so für das Wechselrecht RGZ 117, 69)."

Noch deutlicher zeigt eine neue Entscheidung,¹⁵³⁾ daß der BGH solange keine fiduziarische Rechtsübertragung annehmen will, wie der Einziehungsbeauftragte seinen jeweiligen Auftrag mittels einer Ermächtigung erfüllen kann. Es ging in dieser Entscheidung um die Klage eines russischen Holzexport-Unternehmens gegen eine Reederei, die das von ihr verfrachtete Holz in Lübeck an die Käuferin ausgeliefert hatte, bevor diese den Kaufpreis an die einziehungsbeauftragte Bank gezahlt und die in deren Händen befindlichen Konnossemente erhalten hatte. Die beklagte Reederei behauptete, die Bank habe als Indossatarin der Konnossemente über das Holz verfügen können und habe die Auslieferung des Holzes gem. § 185 BGB genehmigt.

Dieser Behauptung ist der BGH nicht gefolgt. Er nahm vielmehr an, die Bank sei "lediglich eine zur Ausübung bestimmter Rechte ermächtigte Indossatarin der einzelnen Konnossemente geworden", da die russische Staatsbank als Indossantin "keinen wirtschaftlichen Grund gehabt (habe), der Nebenintervention (i.e.: der Bank) mehr Verfügungsmacht zu übertragen, als diese benötigte, um die vorgesehenen Aufträge zu erfüllen".¹⁵⁴⁾ Die Bank habe zwar den Auftrag gehabt, das Holz bei Nichtaufnahme der Dokumente im eigenen Namen einzulagern und sodann nach weiteren Weisungen der russischen Staatsbank zu verfahren. Auch dazu benötige sie aber nicht die Rechtsstellung eines Eigentümers.

Die Vermutung zugunsten einer Einziehungsermächtigung gilt dagegen nicht, wenn der Beauftragte die ihm zur Einziehung übergebenen Wertpapiere zu-

153) BGHZ 36, 329 = WM 62, 342 = NJW 62, 861 (gekürzt).

154) BGHZ 36, 329 (336).

gleich als Sicherheit für Forderungen gegen den Auftraggeber verwendet. So hat der BGH in der Scheckeinzugs-Entscheidung im Ergebnis doch eine fiduziarische Übertragung angenommen. Es entspreche nämlich den allgemeinen Gepflogenheiten im Bankverkehr und finde auch in Ziff.42 Abs.3 AGB der Banken ausreichenden Anhalt, daß die Bank den Scheck gleichzeitig als Sicherung für den Schuldsaldo des Auftraggebers entgegengenommen habe.¹⁵⁵⁾ Das wird durch ein späteres Urteil des BGH bestätigt.¹⁵⁶⁾ Dort hatte die klagende Bank gegenüber einem Bauunternehmer eine Forderung geltend gemacht, die sie angeblich von einem Dritten abgetreten erhalten hatte. Der Beklagte hatte u.a. vorgebracht, der Klägerin sei allenfalls eine Einziehungsermächtigung erteilt worden. Für eine Klage fehle also das Rechtsschutzbedürfnis. Der BGH gab der Klage ebenso wie die Vorinstanz statt. Die Abtretung der Forderung sei nämlich vorgenommen worden, um Ansprüche der Klägerin und einer anderen Bank gegen eine Firma X zu sichern. Sie sei also nicht im Interesse des Zedenten, sondern im Interesse der beiden Banken erfolgt. Es handele sich somit um eine fiduziarische Sicherungstreuhand und nicht nur um eine Einziehungsermächtigung.

Die Verwendbarkeit der Einziehungsermächtigung für Inkassozwecke wird nun allerdings dadurch erheblich eingeschränkt,¹⁵⁷⁾ daß der Ermächtigte im Falle einer Klage ein eigenes, schutzwürdiges rechtliches Interesse nachweisen muß.

Nur unter dieser Voraussetzung hält nämlich eine gefestigte Rechtsprechung die sog. gewillkürte Prozeßstandschaft für zulässig.¹⁵⁸⁾ Die Lehre

155) BGHZ 5, 285 (293).

156) BGH WM 1956, 946 (947); stark gekürzt auch in Betr.1956, 890 und BB 1956, 645.

157) so auch Herschel, S.773.

158) Entgegen anfänglichem Schwanken stRspr. des RG seit RGZ 91, 390 (397) (1918), des OHG und des BGH. Nachweise bei Rosenberg, § 45 II 2 c.

ist dem überwiegend gefolgt.¹⁵⁹⁾ Für die normal gelagerten Fälle eines Inkassoverhältnisses hat die Rechtsprechung ein solches Rechtsschutzbedürfnis verneint. So heißt es in dem wiederholt bestätigten Leitfall,¹⁶⁰⁾ ein Rechtsschutzbedürfnis werde nicht dadurch begründet, daß der Gläubiger seinen eigenen Namen aus dem bevorstehenden Prozeß heraushalten wolle. Auch eine spätere Reichsgerichtsentscheidung stellt ausdrücklich fest, "die Abtretung eines Anspruchs an einen anderen zur Einziehung für und an den Abtretenden . . . (könne) . . . für sich allein von der Rechtsordnung jedenfalls nicht als Grundlage eines Rechtsschutzbedürfnisses anerkannt werden".¹⁶¹⁾ Anders ist nur entschieden worden, wo schon vor der Auftragserteilung zwischen den Parteien Rechtsbeziehungen bestanden, aus denen sich ein Rechtsschutzbedürfnis des Beauftragten herleiten läßt.¹⁶²⁾

159) So ausführlich und auf die Gegenansicht eingehend Köhler, S.51 ff und neuestens Stein-Jonas, Anm.II 7 vor § 50; ferner Enneccerus-Nipperdey, § 204 I 3 a (S.1236); Blomeyer, § 43 II 2 b, Siebert-Schmid, § 398 Anm.15; Löschner in BGB-RGRK § 398 Anm.41; Baumbach-Lauterbach, Anm.4 C vor § 50; Schönke-Schröder-Niese, § 23 II; einschränkend Enneccerus-Lehmann, § 79 IV 2 und Siebert, S.275 f (es handele sich nur um das für jede Klage erforderliche Rechtsschutzbedürfnis).

a.A. früher schon Löbl, S.311 ff, 315; dann aber vor allem Rosenberg, § 45 II 2 c und in JZ 1952, 137 (138) (anlässlich des im gleichen Sinne entscheidenden Urteils des LG Gießen in JZ 1952, 148). Rosenberg will die Klagbefugnis des Ermächtigten ohne Nachweis eines besonderen Rechtsschutzbedürfnisses aus der gem. § 185 BGB erteilten Ermächtigung herleiten.

Gegen ihn außer den oben Genannten auch ausdrücklich BGH MDR 1956, 154 m.zust.Anm. von Pohle = NJW 1956, 298 = JZ 1956, 62.

160) RGZ 91, 390 (397), (1918).

161) RGZ 160, 204 (211).

162) vgl. dazu folgende Entscheidungen:

RG JW 1929, 1747. (Die Klägerin trat ihren Gläubigern sicherungshalber Forderungen ab, ließ sich aber zum Einzug ermächtigen), ganz ähnlich RGZ 166, 218 (238) und RG JW 1937, 541; RG JW 1926, 252. (Der Kläger machte einen dem X gegen Y zustehenden Grundbuchberichtigungsanspruch geltend, da X ihm den Nießbrauch am

Klagen kann demnach der Inkassobeauftragte nur als fiduziarischer Rechtsinhaber oder als offener Stellvertreter. In Zweifelsfällen wird man daher entgegen der grundsätzlichen Vermutung zugunsten der Ermächtigungstreuhand eine fiduziarische Zession annehmen müssen, wenn der Beauftragte die Forderung offensichtlich auch prozessual geltend machen sollte.¹⁶³⁾ Im Falle der Inkassobüros unterliegt allerdings auch eine fiduziarische Zession den oben genannten Bedenken.¹⁶⁴⁾ Die Inkassobüros lassen sich deshalb in der Praxis sofort für den Prozeßfall bevollmächtigen und treten lediglich außerhalb des Prozesses als Einziehungsermächtigte auf.¹⁶⁵⁾

162) Grundstück versprochen hätte); BGHZ GZS 4, 153, (Der Beauftragte hatte freiwillig anstelle des Rentenpflichtigen Rentenzahlungen an den Auftraggeber geleistet); BGH LM Nr.1 zu § 185 BGB, (Die Geltendmachung der Forderung gehörte zum Aufgabenkreis des beauftragten Konkursverwalters); BGH MDR 1956, 154, (Der klagende Verband war eigens zu dem Zweck gegründet worden, Forderungen seiner Mitglieder geltend zu machen); BGH NJW 1957, 1838, (Bei einer Drittschadensliquidation hatte der Ersatzberechtigte den Geschädigten zum Einzug ermächtigt); BGH WM 1961, 1170, (Ein Ehepartner mache Forderungen des anderen Ehepartners grundsätzlich zugleich im eigenen Interesse geltend); BGH JZ 1963, 602, (Ermächtigt ein Nachlaßverwalter den Erben zur Prozeßführung, so ergibt sich das Rechtsschutzbedürfnis regelmäßig schon daraus, daß der Erbe Träger des materiellen Rechts ist).

163) so auch Hildebrandt, S.235; vgl. auch Esser, S.425. Der BGH hatte noch keine Gelegenheit, hierzu Stellung zu nehmen.

164) vgl. oben S.36 f.

165) Auskunft der Firma Creditreform in Freiburg/Br.- Im übrigen besteht außerhalb des Prozesses ohnehin kein wesentlicher Unterschied zwischen Ermächtigung und Stellvertretung, da auch im Falle einer Einziehungsermächtigung offenbart werden muß, daß es sich um eine Forderung des TG gegen den Schuldner handelt.

b) Der Vergleichstreuhänder

Die Ermächtigung kann weiterhin bei einem außergerichtlichen Treuhandvergleich verwendet werden. Wird zur Vermeidung eines Vergleichs- oder Konkursverfahrens im Interesse der Gläubiger ein TH eingesetzt, so kann dessen Rechtsstellung verschieden ausgestaltet werden. Die Möglichkeit einer fiduziarischen Übertragung des Schuldnervermögens auf den TH ist in §§ 7 Abs.4, 92 Abs.5 VglO ausdrücklich anerkannt.¹⁶⁶⁾ Nach allgemeiner Ansicht kann der TH aber auch auf Grund einer bloßen Verfügungsermächtigung¹⁶⁷⁾ oder Vollmacht¹⁶⁸⁾ des Schuldners handeln. Diese Möglichkeit ist praktisch von größerer Bedeutung, da sich eine fiduziarische Rechtsübertragung insbesondere bei Grundstücken oder Handelsgeschäften wegen der Kosten und steuerlichen Nachteile nicht empfiehlt. Eine treuhänderische Geschäftsinhaberschaft kann dem TH zudem wegen der persönlichen Haftung kaum zugemutet werden.¹⁶⁹⁾ Schließlich können die Gläubiger regelmäßig damit rechnen, daß sich der Schuldner aller abredewidrigen Verfügungen enthält, da er ja selbst an der Abwendung des Vergleiches bzw. Konkurses interessiert ist.¹⁷⁰⁾

3. Fälle umstrittener Verwendbarkeit

In einigen anderen Fällen hält die Praxis an der ausschließlichen Verwendung der Fiduzia fest, während zahlreiche Literaturstimmen auch hier die Ermächtigung verwenden möchten.

166) Entsprechende Vertragsmuster etwa bei Kersten-Bühling, § 43 IV (S.357); vgl. auch RGZ 145, 253.

167) Böhle-Stamschräder, VglO, § 7 Anm.3a; Bley, § 92 Anm.22a; früher bereits Siebert, S.396 und Aengenheister, S.19.

168) Eine Vollmacht hält offenbar Künne (S.187 ff) für den Regelfall; vgl. aber auch Böhle-Stamschräder, aaO.

169) vgl. Bley, § 92 Anm.16.

170) so auch Siebert, S.400.

Das gilt zunächst für die Anderkonten. Nach Ansicht der Literatur können sie auf der Grundlage einer Ermächtigung errichtet werden.¹⁷¹⁾ In den Geschäftsbedingungen der Banken ist jedoch festgelegt, daß nur der TH den Banken gegenüber Rechte aus dem Anderkonto herleiten kann.¹⁷²⁾ Daraus wird allgemein gefolgert, daß der Kontoinhaber fiduziarischer Gläubiger sein müsse.¹⁷³⁾

Ähnlich verhält es sich mit dem Effekten giroverkehr in Schuldbuchforderungen, Kuxen und Jungscheinen. Für ihn ist die verwahrungs- und sachenrechtlich aufgebaute Organisationsform der Girosammelverwahrung ungeeignet.¹⁷⁴⁾ Statt dessen bedient man sich einer treuhänderischen Organisationsform und läßt etwa die Schuldbuchforderungen von den Wertpapiersammelbanken, die im Schuldbuch als Gläubiger eingetragen werden, treuhänderisch für die jeweilige Bank bzw. den einzelnen Bankkunden verwalten. Büchner hat im einzelnen nachgewiesen, daß hier die Fiduzia den einzelnen Bankkunden nicht gegen Vermögensverfall oder treuwidrige Verfügungen seiner Bank bzw. der Wertpapiersammelbank schützt und dahingehender Schutz nur auf der Grundlage einer Ermächtigungstreuhand erreichbar ist. Er hat deshalb gefordert, "das fiduziarische Treuhandverhältnis aus allen Spielarten des Effekten giroverkehrs schlechthin auszuräumen."¹⁷⁵⁾ Demgegenüber fußen die Geschäftsbedingungen der Wertpapiersammelbanken noch immer auf einer fiduziarischen Rechtsübertragung.¹⁷⁶⁾ Ob der Gesetzgeber seit 1940 zumindest den Schuldbuch giroverkehr auf der Grundlage der Ermächtigungstreuhand geregelt hat und die Geschäftsbedingungen der Banken insoweit unerheblich geworden sind, ist allerdings streitig.¹⁷⁷⁾

171) Siebert, S.340 ff, 362; Aengenheister, S.15 ff; Raiser, JZ 1954, 441.

172) Ziff.1 und 6 der Geschäftsbedingungen für Anderkonten von Rechtsanwälten, Notaren und Treuhändern (Fassung Dezember 1962).

173) BGH JZ 54, 439 = NJW 54, 191 (insoweit bei BGHZ 11, 37 ff nicht abgedruckt) m.Nachw.; Büchner, S.84 m.Nachw.; zweifelnd allerdings Raiser, JZ 54, 441.

174) Eingehend hierzu Büchner, S.13, 62 ff, 93 ff.

175) Büchner, S.115, ihm folgend Tegethoff, S.118, 121.

176) dazu im einzelnen Büchner, S.62 f.

177) Bejahend: Opfermann, S.965 f; Büchner, S.168 f, 205. Ablehnend: Entscheidung der Bundesschuldenverwaltung vom 2.9.1959 in WM 1959, 1147 und neuestens OLG Karlsruhe, WM 1962, 411; vgl. auch die Entscheidungen der Instanzgerichte, zitiert in der Anmerkung WM 1962, 411.

Schließlich sind hier die patentrechtlichen Fälle zu nennen, in denen Patentrechte des TG in der Patentrolle auf den Namen des TH umgeschrieben werden und vom TH für den TG verwaltet werden sollen. Über einen derartigen Sachverhalt hatte die Schiedskommission für Güter, Rechte und Interessen in Deutschland in ihrem Urteil vom 19.6.1961 zu entscheiden.¹⁷⁸⁾ Dort hatte die Philips-Eindhoven im Jahre 1934 eine deutsche Tochtergesellschaft, die "Philips-Patentverwaltung GmbH Hamburg", gegründet und ihr aus devisenrechtlichen Erwägungen sowie mit Rücksicht auf die damalige politische Lage in Deutschland mehrere Patente übertragen. Sie verlangte mit ihrer Klage die Wiederherstellung dieser Patente gem. Art. 4 und 5 des Gesetzes Nr. 8 AHK. Sie vertrat die Ansicht, sie selbst sei Inhaberin der Patente geblieben und die deutsche Tochtergesellschaft habe nur die beschränkten Rechte eines treuhänderischen Legitimationszessionars erhalten.

Die Schiedskommission hat diese Ansicht abgelehnt. Sie beruft sich dafür ebenso wie vorher die 1. Kammer des Patentamtes darauf, "daß die deutsche Rechtsprechung im Jahre 1934 nur in bestimmten Fällen, zu denen Patentrechte nicht gehören, die Legitimationszession angewandt hat" und "noch nie die Lehrbücher und Kommentare zum Patentrecht, die sich mit Treuhandverhältnissen befassen, die Ermächtigungstreuhand oder die Legitimationszession in Betracht gezogen, sondern nur die fiduziarische Vollübertragung behandelt haben".¹⁷⁹⁾ Demgegenüber hatte Nipperdey in einem Gutachten während der Vorinstanz¹⁸⁰⁾ die Ansicht vertreten, die Ermächtigungstreuhand sei "allgemein neben der Vollrechtsübertragung als eine andere Möglichkeit treuhänderischer Rechtseinräumung als zulässig anzusehen".¹⁸¹⁾ Dabei spreche "die Vermutung für die Vereinbarung einer Ermächtigungstreuhand, wenn das Treuhandverhältnis im ausschließlichen Interesse des ausländischen Vertragspartners vereinbart wurde, insbesondere also, um in Befürchtung politischer Verfolgungsmaßnahmen die wahren Inhaberverhältnisse zu verdecken".¹⁸²⁾

178) WM 1961, 770.

179) aaO, S. 771.

180) auch als Beitrag zur Festschrift für Nikisch, erschienen.

181) Nipperdey, S. 323.

182) aaO, S. 325.

4. Die Grenzen der Verwendbarkeit

Die Verwendbarkeit der Ermächtigungstreuhand entfällt vor allem bei allen eigennützigen Treuhandverhältnissen. Denn hier verlangt das Sicherungsbedürfnis des TH, daß der TG nicht dem Sicherungszweck zuwider über das Treugut verfügen oder gar durch eine Veräußerung die Ermächtigung zum Erlöschen bringen kann. Die konkurrierende Rechtszuständigkeit des TG ist aber für die Ermächtigungstreuhand gerade kennzeichnend. Wird das Recht nicht selbst übertragen, so kann die Ermächtigung nur zu einer "Vervielfältigung der Rechtsausübung", ¹⁸³⁾ nicht aber zu einer Übertragung der Rechtszuständigkeit führen. Auf die ihm verbleibende Verfügungsberechtigung kann der TG nach weitaus überwiegender Meinung ¹⁸⁴⁾ wegen § 137 BGB nicht mit dinglicher Wirkung verzichten. ¹⁸⁵⁾

Außer treuwidrigen Verfügungen des TG hätte der ermächtigte TH nach nahezu einhelliger Ansicht auch Gläubigerzugriffe zu befürchten. Ist das Treugut nämlich im Eigentum und Besitz des TG verblieben, so ist der TH bei Konkurs und Einzelvollstreckung ungeschützt. Im Konkurs des TG wäre zudem der Fortbestand der Ermächtigung zweifelhaft. Denn zumindest bei einer fremdnützigen Ermächtigungstreuhand bringt der Konkurs des TG nicht nur das zugrunde liegende Auftragsverhältnis, sondern - ebenso wie eine Vollmacht ¹⁸⁶⁾ - auch die Ermächtigung gem. § 23 KO zum Erlöschen. ¹⁸⁷⁾ Im Hinblick auf eine unwiderrufliche, eigennützige Vollmacht hat das Reichsgericht ebenso entschieden. ¹⁸⁸⁾ Die Lehre ist ihm überwiegend ge-

183) so Siebert, S.236.

184) Siebert, S.306, 400; zu dem insoweit gleich liegenden Fall der Vollmacht etwa Staudinger-Coing, vor § 164 Anm.63 und § 168 Anm.12. a.A.: Müller-Freienfels, S.127 ff.

185) Siebert (S.309) hat zwar darauf hingewiesen, daß ein TG zumindest die tatsächliche Verfügungsgewalt verliert, wenn er dem TH den Papierbesitz überträgt. Aber eine eigennützige Ermächtigungstreuhand mit Papierübergabe bringt dem TG keine Vorteile gegenüber einer gewöhnlichen Verpfändung und ist daher wohl praktisch bedeutungslos.

186) Staudinger-Coing, § 168 Anm.5; Enneccerus-Nipperdey, § 186 III; Schönke-Baur, § 53 B III 6; Böhle-Stamschräder, KO, § 23 Anm.8.

187) Siebert, S.399; Palandt-Hoche vor § 929 Anm. 7 C b.

188) RG LZ 1910, 216 Nr.23.

folgt¹⁸⁹⁾ und wird demgemäß annehmen müssen, daß auch die eigennützige Ermächtigung mit dem Konkurse des TG erlischt.

Schließlich bleibt die grundsätzliche Widerrufbarkeit der Ermächtigung zu erwähnen. Sie würde einer eigennützigen Ermächtigungstreuhand nicht im Wege stehen, da ebenso wie bei der Vollmacht auch hier Unwiderufbarkeit vereinbart werden kann oder sich aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis ergeben kann, wenn dieses der Sicherung des Ermächtigten dient.¹⁹⁰⁾

Auch für gewisse Fälle fremdnütziger Treuhand ist die Ermächtigungstreuhand unbrauchbar. Insbesondere zu Zwecken der Verbergung oder Vereinfachung ist eine fiduziarische Vollrechtsübertragung erforderlich.¹⁹¹⁾ Will der TH etwa mittels eines Strohmannes das Ausmaß seiner gesellschaftsrechtlichen Beteiligung verschleiern oder den gesellschaftsrechtlichen Gründungsvorschriften genügen, so muß der Strohmann als Gesellschafter eingetragen werden.¹⁹²⁾ Will ein nichtrechtsfähiger Verein mit großer Mitgliederzahl die Verwaltung seines Immobilienvermögens erleichtern, indem er sie einer hierfür gegründeten juristischen Person überträgt, so muß diese Eigentümerin des Vermögens werden.

5. Die Stellvertretung

Ein Stellvertreter erhält zwar nichts zu eigenem Rechte übertragen und ist daher kein Treuhänder im Sinne der eingangs genannten Begriffsbestim-

189) Kuhn, § 23 Anm.7; Böhle-Stamschräder, § 23 Anm.8;

a.A.: Müller-Freienfels, S.328 ff, 333 (einer eigennützigen Bevollmächtigung könne kein Auftragsverhältnis zugrunde liegen, so daß §§ 168 S.1 BGB, 23 KO also nicht anwendbar seien).

190) Enneccerus-Nipperdey, § 204 III 2; Enneccerus-Lehmann, § 79 IV 2 am Ende; zur Vollmacht etwa Staudinger-Coing, § 168 Anm.12 a.

191) so auch Siebert, S.404 f.

192) vgl. Schilling, S.212, 217 und BGHZ 10, 44 (48).

mung. Trotzdem ist die Vollmacht für unser Problem nicht ohne Bedeutung, da man sie in verschiedenen Fällen anstelle einer fiduziari-
schen Übereignung verwenden und so pflichtwidrige Verfügungen nach
Vertretungsrecht befriedigend lösen kann.

So wird vor allem zum Zwecke einer Vermögensverwaltung häufig kei-
ne Fiduzia, sondern lediglich ein Vollmachtsverhältnis vereinbart. Erst
kürzlich haben die deutschen Großbanken besondere Vermögensverwal-
tungs-Abteilungen errichtet.¹⁹³⁾ Sie übernehmen u.a. die Analyse und
aktive Überwachung von Kundendepots, also nötigenfalls die Vermögens-
umschichtung nach Gesichtspunkten wie Risikoverteilung, Ertragslage,
Verflüssigung oder Steuerpflicht. Anders als im amerikanischen Recht,
wo die gewerbliche Vermögensverwaltung eine viel größere Rolle spielt,
treten die Banken dabei nicht als treuhänderische Vermögensinhaber,
sondern als Bevollmächtigte des Kunden auf.

Auch wo es um die sachkundige und entlastende Verwaltung von Immo-
bilien geht, wird der Hausverwalter regelmäßig schon aus Kosten- und
Steuergründen nur bevollmächtigt.¹⁹⁴⁾

193) vgl. die von der Dresdner Bank herausgegebene Broschüre "Ver-
mögensverwaltung, Vermögenspflege, Vermögenssicherung";
ausführlich neuestens Tegethoff, S.91 m.Nachw.

194) Die Übertragung eines Grundstückes an einen TH unterliegt der
Grunderwerbssteuer, BGH Betr.56, 223 und WP-Hdb. S.1312; zum
Hausverwalter ebenda, S.1325.

IV. Das Parallelproblem bei den Quasi-Treuhändern und bei den amerikanischen Trustees

1. Treuwidrige Verfügungen der deutschen Quasi-Treuhänder

Pflichtwidrige Verfügungen zugunsten Dritter sind nicht nur bei fiduziarischen Treuhandverhältnissen möglich, sondern in allen Fällen überschießender Rechtsmacht. Man denke also an alle Fälle, in denen die Vermögensverwaltung dem Vermögensinhaber entzogen und einem anderen anvertraut ist, weil bestimmte Zwecke durch die eigene Verwaltung des Vermögensinhabers gefährdet würden. Das geschieht im Interesse Dritter bei den sog. gesetzlichen Verwaltern, also dem Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter, Nachlaßverwalter, Zwangsverwalter, gesetzlichen Treuhänder u.a.¹⁹⁵⁾ Bei den gesetzlichen Vertretern geschieht es im Interesse des Vermögensinhabers, weil dieser aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen sein Vermögen nicht selbst verwalten kann (Eltern, Vormund, Pfleger). Ihnen allen ist die Aufgabe uneigennütziger Verwaltungstätigkeit für einen anderen unter Ausschluß der Rechtszuständigkeit des anderen gemeinsam. Das kommt im amerikanischen Recht, wo alle diese Funktionen von einem Trustee wahrgenommen werden können, stärker zum Ausdruck. Man kann die Fälle jedoch auch im deutschen Recht angesichts der gemeinsamen Funktion unter der von Friedmann¹⁹⁶⁾ geprägten Bezeichnung der "Quasitreuhänder" zusammenfassen. Die meisten dieser Quasitreuhänder hat der Gesetzgeber, wie noch im einzelnen zu zeigen sein wird, im Interesse des Rechtsverkehrs bewußt mit überschießender Verfügungsmacht ausgestattet. Infolgedessen stellt sich auch hier die Frage nach der Behandlung treuwidriger Verfügungen. Dabei ist das Sachproblem das gleiche. Ob der Machtüberschuß auf einer fiduziarischen Rechtsübertragung oder auf anderweitiger Verleihung eines zu weitgesteckten Verfügungsrechts beruht, ist insoweit belanglos. Es geht in beiden Fällen um die Frage, ob eine mit Verfügungsmacht, aber pflichtwidrig vorgenommene Verfügung auch dann gegen den TG bzw. den Quasi-TG wirkt, wenn D die

195) Der bekannte Theorienstreit darüber, ob man diese Verwalter als Träger eines privaten Amtes oder als gesetzliche Vertreter zu verstehen hat, ist dabei belanglos. Literaturhinweise etwa bei Enneccerus-Nipperdey, § 180 Anm.9.

196) Friedmann, S.827, 828.

Pflichtwidrigkeit kannte bzw. erkennen konnte. Es sei deshalb gezeigt, wie man das Problem bisher bei den Quasi-Treuhändern gelöst hat.

2. Treuwidrige Verfügungen der amerikanischen Trustees

In diesem Zusammenhang sind einige rechtsvergleichende Bemerkungen nützlich. Es empfiehlt sich nämlich, vergleichbare Sachverhalte aus dem angloamerikanischen Law of Trusts in die Darstellung einzubeziehen, weil dort der Beneficiary (der Begünstigte) auf Grund einer Jahrhunderte alten Praxis in befriedigender Weise gegen treuwidrige Verfügungen des Trustees (des Treuhänders) geschützt wird. Dabei kann man sich auf das Recht der USA beschränken. Auch braucht in Anbetracht der bereits vorliegenden Literatur¹⁹⁷⁾ nicht näher auf Geschichte, Definition und Funktion des Trust eingegangen zu werden. Zum besseren Verständnis der darzustellenden Entscheidungen muß aber zumindest in Grundzügen¹⁹⁸⁾ erläutert werden, wie das amerikanische Recht jenen Schutz des Beneficiary gegen treuwidrige Verfügungen des Trustee erreicht, den man bereits als einen der praktisch bedeutsamsten Unterschiede zwischen unserem und dem amerikanischen Recht bezeichnet hat.¹⁹⁹⁾

Der Trust, ein sehr altes und bewährtes Rechtsinstitut des anglo-amerikanischen Rechts, erfüllt vielseitige Funktionen. Er dient insbesondere als rechtsgeschäftliche Verwaltungstreuhand, die im amerikanischen Recht

197) Allgemein zum amerikanischen Law of Trusts siehe vor allem die Werke von Scott und Bogert, ferner das Restatement und den Artikel "Trusts" in 54 Am.Jur.

Deutschsprachig: Kohlmann, S.545 ff; Gubler, S.266 a ff; Klausning, S.377 ff; Haemmerle, S.651 ff; Siebert, S.67 ff; Parker, S.102; neuerdings ausführlich Kötz, S.14 ff. und auch Serick, S.653 ff.

198) Wegen der Einzelheiten siehe Restatement §§ 288 ff; Scott, §§ 288 ff; Bogert, secs. 161 f (S.630 ff), 54 Am.Jur. "Trusts", §§ 248 ff. Deutschsprachig: David, S.69 ff; Zimmermann, S.38 ff; Gubler, S.314 a f; Kohlmann, S.621 - 623; neuestens Assfalg, NJW 63,1383 und Kötz, S.33 ff.

199) Nussbaum, S.281 Anm.25.

sehr viel gebräuchlicher ist als bei uns und zudem vielfach für Zwecke verwendet wird, für die man bei uns einen Quasi-TH einsetzt. Die umfangreiche Judikatur und Literatur zum Trust hat denn auch von jeher in unserem treuhandrechtlichen Schrifttum eine Rolle gespielt. Unmittelbare Vorteile für die Fortentwicklung unseres Treuhandrechts haben sich daraus freilich nicht ergeben, weil sich der Trust mit kontinentalen Rechtsvorstellungen kaum erfassen läßt.

Insbesondere die hier interessierende Rechtsstellung des Beneficiary läßt sich nur mit Hilfe des historischen Rechtsdualismus zwischen common law und equity erklären. Man betrachtet nämlich den Beneficiary als "equitable owner" und gleichzeitig den Trustee als "legal owner" des Treugutes. Insoweit handelt es sich zwar nur um Begriffe, über deren Berechtigung man sogar verschiedentlich gestritten hat.²⁰⁰⁾ Der materielle Inhalt der beiden so umschriebenen Rechtspositionen ist aber unstrittig. Der Trustee ist Träger des vollen Titels und allein Verfügungsberechtigt. Der Beneficiary ist demgegenüber in dreifacher Hinsicht "dinglich" geschützt: Durch ein Aussonderungsrecht im Konkurse des Trustee,²⁰¹⁾ durch den Grundsatz dinglicher Surrogation des Trustvermögens²⁰²⁾ und durch ein unter nachstehenden Voraussetzungen gegebenes Verfolgungsrecht.

Dieses Verfolgungsrecht - man spricht sehr anschaulich von "tracing" oder "following trust property into the hands of third persons" - ermöglicht es dem Beneficiary, seine Rechte auch gegenüber einem Dritten durchzusetzen, an den der Trustee Treugut treuwidrig veräußert hat. Es bezieht sich auf alle Gegenstände, die der Beneficiary irgendwo als Treugut bzw. als Surrogate des Treugutes identifizieren kann, wobei ihm insbesondere bei treuwidrigen Verfügungen über Geld verschiedene Beweiserleichterungen zugutekommen.²⁰³⁾ Im Interesse gutgläubiger Erwerber wird es freilich durch die "bona fide purchase rule"²⁰⁴⁾ auf Fälle begrenzt, in denen

200) Nachweise bei Scott, § 130 Anm.3 und Bogert, sec.37 Anm.82; vgl. auch Gubler, S.322a Anm.247 und Serick, S.657.

201) Restatement §§ 221, 307; Assfalg, S.56 ff.

202) Restatement § 202; Bogert, S.631; Kötz, S.30 ff.

203) Näheres bei Bogert, S.633 ff.

204) dazu Scott, § 284; Bogert, sec.165(S.657); 54 AmJur., "Trusts", §§ 266 ff.

der Erwerber den Treubruch kannte ("actual notice") bzw. hätte erkennen müssen ("constructive notice") oder das Treugut unentgeltlich (als "donee") erhielt.²⁰⁵⁾ In diesen Fällen kann er seine Rechte dadurch wahren,²⁰⁶⁾ daß er klagend einen constructive trust an dem in Händen des D befindlichen Treugut geltend macht und Rückgabe an den Trustee verlangt. Hatte D inzwischen weiter über das Treugut verfügt, so gilt Entsprechendes hinsichtlich der Surrogate. Statt der Surrogate kann er aber auch Schadensersatz in Höhe des Wertes des Treugutes verlangen und diesen Anspruch durch ein equitable lien an den Surrogaten pfandartig sichern.

Es steht im Belieben des Beneficiary, ob er sich an den D hält oder an den Trustee. Selbstverständlich kann er nicht gleichzeitig von D das Treugut und vom Trustee die Surrogate beanspruchen.²⁰⁷⁾ Sein Wahlrecht erlischt aber nach überwiegender Ansicht²⁰⁸⁾ noch nicht mit der Klage, sondern erst mit Befriedigung aus dem Urteil.

206) zum folgenden vgl. Scott, §§ 291-291.4

207) Bogert, S.630 f.

208) Scott, § 295.3.

3. Die Behandlung treuwidriger Verfügungen bei den einzelnen Quasi-Treuhändern und vergleichbaren amerikanischen Sachverhalten

a) Der Testamentvollstrecker

Bei dem Testamentvollstrecker hat der Gesetzgeber bewußt einen Machtüberschuß in Kauf genommen und das Verfügungsrecht nur durch das Schenkungsverbot (§ 2205 BGB) eingeschränkt. Weitergehende Beschränkungen können sich zwar aus dem Willen des Erblassers ergeben, sie wirken aber nur dann gegen Dritte, wenn die diesen bekannt oder im Testamentvollstreckerzeugnis eingetragen waren (§ 2368 BGB). Noch der erste Entwurf erstreckte das Verfügungsrecht nur auf den Einzug von Nachlassforderungen, die Geltendmachung der zum Nachlaß gehörenden Rechte, die Erfüllung der Nachlaßverbindlichkeiten und auf solche Verfügungen, die "zur ordnungsmäßigen Verwaltung oder zur Beschaffung der Mittel für die Erfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit erforderlich" sind²⁰⁹⁾.

In der Zweiten Kommission kam es dann hierüber zu "tiefgehenden Meinungsverschiedenheiten".²¹⁰⁾ Man kam schließlich zu der "Ansicht, daß die Gewährung eines kausal bedingten Verfügungsrechts einerseits der Verfügungsfreiheit des Vollstreckers zu enge Grenzen ziehe, andererseits sich im Verkehr als mißlich herausstellen werde, weil die Wirksamkeit des Verfügungsaktes mit der Begründung in Zweifel gezogen werden könnte, daß der betreffende Akt nicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung oder zur Beschaffung der Mittel für die Erfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit erforderlich gewesen sei".²¹¹⁾ Zwar wolle der Erblasser durch die Verfügungsmacht des Testamentvollstreckers nur die Ausführung seines letzten Willens sichern, so daß "vom theoretischen Standpunkt" eine entsprechende Begrenzung der Verfügungsmacht richtig sei. "Mit Rücksicht auf das Verkehrsinteresse müsse man jedoch von der Gewährung eines kausal

209) Entw.I §§ 1899, 1900; zu den Bedenken gegen diese dinglichen Verfügungsbeschränkungen s.Mot.V, S.232 = Mugdan V, S.122.

210) Prot.S.7091 = Mugdan V, S.661.

211) Prot.S.7084 = Mugdan V, S.658.

bedingten Verfügungsrechts Abstand nehmen.²¹²⁾ Die freie Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers diene auch der ordentlichen Erfüllung seiner Aufgabe und der Praktikabilität, da er sich anderenfalls mit jedem Erbschaftsschuldner darüber streiten müsse, ob er sich in den Grenzen seiner Verfügungsgewalt gehalten habe.

Dieser Machtüberschuß stellte nun Praxis und Lehre sehr bald vor die Frage, wie pflichtwidrige Verfügungen eines Testamentsvollstreckers zu behandeln seien. Dabei half man sich, wie nachstehend im einzelnen zu zeigen ist, mit der ursprünglich nur für das Stellvertretungsrecht entwickelten Lehre vom Mißbrauch der Vertretungsmacht.²¹³⁾ Diese Lehre - sie wird im folgenden abgekürzt als Mißbrauchslehre bezeichnet - besagt bekanntlich folgendes: Mißbraucht ein Vertreter seine Vertretungsmacht, indem er im Namen des Vertretenen ein Rechtsgeschäft abschließt, das zwar innerhalb seiner Vertretungsmacht, jedoch außerhalb seiner internen Befugnisse liegt und den Vertretenen schädigt, so kann sich der Kontrahent nicht auf die Gültigkeit des Geschäftes berufen, wenn er den Mißbrauch erkannte oder erkennen mußte. Inzwischen ist die entsprechende Anwendung dieses vertretungsrechtlichen Grundsatzes auf pflichtwidrige Verfügungen eines Testamentsvollstreckers in Praxis²¹⁴⁾ und Lehre²¹⁵⁾ allgemein anerkannt. Trotz der nahezu unbeschränkten Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers kann der Erwerber also dann keine Rechte aus einer Verfügung des Testamentsvollstreckers herleiten, wenn er wußte oder wissen mußte, daß dieser mit der Verfügung seine Rechtsstellung zum Nachteil des Erben mißbrauchte.

212) Prot.S.7087 = Mugdan V, S.659.

213) RGZ 52, 96 (99); 71, 219 (222); vgl. im übrigen die eingehenden Darstellungen bei Kipp, S.280 ff; Stoll, S.117 ff; Siebert, Mißbrauch, S.634 ff; Rinck, S.111 f.; neuestens Flume, S.788 ff.

214) RGZ 75, 299 (302); 83, 348 (353); 130, 131 (134); OGHZ 3, 242 (147); beiläufig auch BGHZ 30, 67 (71).

215) Staudinger-Dittmann, § 2205 Anm.52; Siebert-Ehard-Eder, § 2205 Anm.4; Kregel in BGB-RGRK § 2205, Anm.15; Palandt-Rechenmacher, § 2205 Anm. 1 c; Kipp-Coing, § 68 V (§ 125 V), Möhring, S.248 f; Haegeler, S.30; Bartholomeyczik, § 42 VII 2; Planck-Flad, § 2205 Anm. 6 b; Erman-Hense, § 2205 Anm.2; Siebert in RvglHdw. VI, S.575.

Gewisse Unklarheiten bestehen allerdings hinsichtlich der genauen Rechtsfolgen. So ist gesagt worden, der D könne aus der Verfügung des Testamentsvollstreckers "keine Rechte herleiten"²¹⁶⁾ oder "geltend machen"²¹⁷⁾ bzw. das Geschäft sei "für den Erben unverbindlich",²¹⁸⁾ "nicht verpflichtend",²¹⁹⁾ "unwirksam"^{217a)} oder gar "nichtig".²²⁰⁾

Betrachtet man die deutsche und amerikanische Kasuistik, so lassen sich nach Art der jeweiligen Pflichtwidrigkeit drei verschiedene Fallgruppen unterscheiden:

aa) Ein besonders schwerer Pflichtenverstoß liegt dort vor, wo der Testamentsvollstrecker Nachlaßgegenstände zur Tilgung oder Sicherung eigener Schulden verwendet. Um einen derartigen Sachverhalt ging es bereits, als sich das RG 1911 erstmalig mit pflichtwidrigen Verfügungen eines Testamentsvollstreckers zu befassen hatte.²²¹⁾ Dort hatten die drei Testamentsvollstrecker eine zum Nachlaß gehörende Hypothek an die beklagte Eigentümerin des belasteten Grundstücks verpfändet, um ein dem L seitens der Beklagten gewährtes Darlehen von 40 000 M zu sichern. L war einer der drei Testamentsvollstrecker und zugleich Miterbe des Nachlasses. Später hatte die Beklagte den Kredit des L auf 60 000 M erhöht. Die Testamentsvollstrecker hatten ihr daraufhin die Hypothek abgetreten und in der Abtretungsurkunde erklärt, den Wert durch Zahlung an die Firma P & H.L., deren alleiniger Inhaber L war, erhalten zu haben. Die Beklagte hatte sodann die Hypothek löschen lassen und L war in Konkurs gefallen. Die Nachfolger der inzwischen wegen grober Pflichtverletzungen entlassenen Testamentsvollstrecker verlangten nun von der Beklagten Wiedereintragung der Hypothek bzw. Schadensersatz. Das Berufungsgericht hatte der Klage aus unzutreffenden Gründen stattgegeben. Das RG wies die Klage jedoch nicht ab, sondern verwies die Sache zurück. Die Ver-

216) RGZ 83, 351; 130, 134; Staudinger-Dittmann, aaO.

217) Planck-Flad, aaO; Siebert, aaO; Möhring, aaO.

217a) Kipp-Coing, aaO; Bartholomeyczik, aaO; BGHZ 30, 71.

218) RGZ 75, 301; Siebert-Ehard-Eder, aaO; Kregel, aaO.

219) Palandt-Rechenmacher, aaO; Haegeler, aaO.

220) Erman-Hense, aaO.

221) RGZ 75, 299.

fügung der Testamentsvollstrecker sei nämlich nicht nur dann für die Erben unverbindlich, wenn die Beklagte die Pflichtwidrigkeit erkannt hätte. Auch schon ein der Beklagten zur Last fallendes grobes Verschulden müsse die Unverbindlichkeit des Geschäfts begründen. Ein solch grobes Verschulden liege vor, wenn die Beklagte den von den früheren Vollstreckern verübten Mißbrauch habe erkennen müssen und erkennen können.

Das ergebe sich aus den gesetzlichen Vorschriften über die Vollmacht. Zwar müsse nach dem Gesetz zwischen Vollmacht und Auftrag unterschieden werden, so daß ein auftragswidriges Verhalten "an sich nicht" das auf Grund der Vollmacht begründete Rechtsverhältnis berühre. Trotzdem könne die Vollmacht in ihren Wirkungen nicht als völlig von dem Kausalgeschäft losgelöst betrachtet werden. Das folge schon aus den §§ 168-172 BGB. So wie der Vertretene nämlich dem D das Erlöschen der Vollmacht entgegenhalten könne, wenn dieser es kannte oder kennen mußte, müsse er ihm auch einen erkannten bzw. erkennbaren Vollmachtsmißbrauch entgegenhalten können. Das Gesetz wolle zwar dem berechtigten Verkehrsinteresse Rechnung tragen. Schutzbedürftig seien aber nicht nur die Interessen des D, sondern auch die des Vertretenen.

Dieser vertretungsrechtliche Grundsatz sei auch auf den Testamentsvollstrecker anzuwenden. Zwar spreche § 2202 BGB von dem "Amt" des Testamentsvollstreckers, doch habe seine Vertretungsmacht ihren alleinigen Rechtsgrund in dem Testament als einem rechtsgeschäftlichen Akte. Vor allem sei die Stellung eines Testamentsvollstreckers nach außen und nach innen keine wesentlich andere als die eines Bevollmächtigten.²²²⁾ Ersterer habe sogar immer im Interesse des Nachlasses zu handeln, während letzterer u.U. auch im eigenen oder im Interesse eines Dritten handeln könne. Schließlich sei der Erbe auch deshalb schutzbedürftig, weil er selbst seine Rechte nicht ebenso wirksam wie der Erblasser wahrnehmen könne.

Um einen ähnlichen Sachverhalt ging es zwei Jahre später in einer anderen Entscheidung.²²³⁾ Dort hatte der Testamentsvollstrecker, ein Rechtsanwalt

222) Mit diesem Hinweis auf die Parallelität der Interessenlage hat der BGH kürzlich auch § 181 BGB auf den Testamentsvollstrecker angewendet, BGHZ 30, 67.

223) RGZ 83, 348 (1913).

und Notar, bei der Beklagten ein Darlehen von 70 000 M aufgenommen und ihr als Sicherheit eine zum Nachlaß gehörende Eigentümergrundschuld abgetreten. Der Darlehensbetrag war dem persönlichen Konto des Testamentsvollstreckers gutgeschrieben worden. Anschließend waren ihm gegen entsprechende Belastung des Kontos Wertpapiere im Werte von 74 000 M ausgehändigt worden. Die Erben verlangten nun von der Beklagten die Löschung der Grundschuld, da der Testamentsvollstrecker unter Mißbrauch seiner Vertretungsmacht verfügt habe und die Beklagte dies grob fahrlässig verkannt habe.

Das Berufungsgericht hatte die Klage abgewiesen, da die Beklagte ohne grobe Fahrlässigkeit habe annehmen können, das Darlehen werde in irgendeiner Weise mittelbar dem Nachlaß zugutekommen. Das RG hob dieses Urteil auf. Die vorgenannte Entscheidung RGZ 75, 299 sei nämlich nicht dahingehend zu verstehen, daß nur grobe Fahrlässigkeit des D zur Unverbindlichkeit des Geschäfts führe. Unter "Kennenmüssen" sei nach der Legaldefinition des § 122 Abs.1 BGB vielmehr jedes fahrlässige Nichterkennen zu verstehen. Im Hinblick darauf seien hier aber bestimmte Umstände eingehender zu würdigen.

Auch im amerikanischen Recht sind Fälle entschieden worden, in denen ein testamentary trustee, administrator oder executor²²⁴⁾ Nachlaßgegenstände zur Tilgung oder Sicherung eigener Schulden benutzt hatte.

So hatte im Falle Farmers' Bank & Trust Co. v. Bender²²⁵⁾ ein testamentary trustee als solcher zeichnend mittels Scheck über ein Nachlaßkonto

224) Diese verschiedenen Verwalter können für unsere Zwecke gleichgesetzt werden. Sie unterscheiden sich zwar nach Art der Einsetzung und nach ihren Aufgaben (vgl. im einzelnen Scott, § 6; Bogert, sec.15, 21 Am.Jur., Executors and Administrators, § 4). Im Hinblick auf pflichtwidrige, den Erben benachteiligende Verfügungen wendet man jedoch in allen drei Fällen die Grundsätze des following trust property an (vgl. dazu 21 AmJur., Executors and Administrators, § 312 sowie die nachstehend wiedergegebenen Entscheidungen).

225) 175 Md 625, 3 A 2d 743 (1939); ganz ähnlich auch Surgi v. First National Bank & Trust Co., 125 F 2d 425 (C.C.A. 5th, 1942).

verfügt und den Scheck der kontoführenden Bank zur Tilgung seiner persönlichen Schulden dieser gegenüber übergeben. Der Beneficiary klagte daraufhin erfolgreich gegen die Bank auf Rückzahlung des Scheckbetrages.

Im Falle *Carter v. Manufacturers' National Bank of Lewiston*²²⁶⁾ ging es um die Wirksamkeit einer Aktienverpfändung. Der Exekutor hatte von einer Bank ein Darlehen erhalten und darüber zwar einen ihn persönlich verhaftenden Schuldschein ausgestellt, der Bank aber versichert, das Geld für die Verwaltung des Nachlasses zu benötigen. Zur Sicherung hatte er ihr Aktien aus dem Nachlaß verpfändet. Tatsächlich hatte er dann das Geld für eigene Zwecke verwendet.

Das Gericht erklärte hier die Verpfändung für wirksam. Es sei zwar allgemein anerkannt, "that if the purchaser, mortgagee or pledgee know or have notice that the transfer to him is made for the purpose of misapplying the assets, his title cannot be upheld, and he thereby becomes involved and is made liable to all persons beneficially interested in the will, except the executor". Hier aber habe die Bank annehmen können, das Geld werde für die Nachlaßverwaltung benötigt. Wenn sie Namensaktien erwerbe, über die der Veräußerer nur als Executor verfüge, brauche sie - anders als beim Erwerb von einem Trustee²²⁷⁾ - keine Nachforschungen darüber anzustellen, ob die Veräußerung einen Treubruch darstelle.

bb) Eine weitere Fallgruppe läßt sich dadurch kennzeichnen, daß der Testamentsvollstrecker zugunsten Verwandter, Geschäftsfreunde oder ihm sonstwie nahestehender Personen verfügt.

So ging es in einer späteren Entscheidung des RG²²⁸⁾ um die Wirksamkeit eines Kaufvertrages, den die Witwe des Erblassers als Testamentsvollstreckerin und Miterbin geschlossen hatte. Nach dem Willen des

226) 71 Me 448, 38 Am Rep 338 (1881).

227) In anderen Entscheidungen wird, soweit ersichtlich, für die Erkundigungspflicht nicht danach differenziert, ob der D von einem Executor oder Trustee erwirbt. Vgl. aber 21 Am. Jur., Executors and Administrators, § 10 Anm.5.

228) RGZ 130, 131 (1930).

Erblässers sollte sie u.a. ein Grundstück unter eingehend festgelegten Bedingungen zugunsten aller Erben veräußern. Erben waren außer ihr die sieben Kinder des Erblässers, von denen vier aus einer früheren Ehe des Erblässers stammten. Die Testamentsvollstreckerin verkaufte nun das Grundstück an zwei aus der zweiten Ehe stammende Söhne. Daraufhin klagte eine aus der früheren Ehe stammende Tochter gegen die Vertragsparteien auf Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrages. Sie behauptete, die Testamentsvollstreckerin habe ihre Pflichten verletzt und mit ihren eigenen Söhnen sittenwidrig zusammengewirkt, indem sie das Grundstück zu einer Zeit sprunghafter Steigerung der Grundstückspreise, nämlich im März 1925, verkauft habe.

Beide Vorinstanzen hatten hier die Voraussetzungen des § 138 BGB verneint und die Klage daher abgewiesen. Das RG hob das Berufungsurteil auf, da Mißbrauch der Vertretungsmacht in Betracht komme und der Sachverhalt in dieser Hinsicht eingehender zu würdigen sei.

Auch schon in einer früheren Reichsgerichtsentscheidung war ein einzelner Miterbe durch die Verfügung des Testamentsvollstreckers begünstigt worden.²²⁹⁾ Der Vollstrecker hatte dort eine zum Nachlaß gehörende Hypothek für die Schuld eines einzelnen Miterben verpfändet und dem Pfandgläubiger erklärt, der Nachlaß habe für das aufgegebene Vermögensstück volle Sicherheit erhalten. Der Pfandgläubiger hatte das Bedenkliche des Geschäfts erkannt, es aber unterlassen, die Richtigkeit der Behauptung des Vollstreckers zu überprüfen. Das RG verurteilte ihn deshalb zum Schadensersatz.

Ähnlich lag ein 1950 vom OHG entschiedener Fall.²³⁰⁾ Dort sollte der Testamentsvollstrecker ein Grundstück "alsbald möglichst günstig" verkaufen und aus dem Erlös u.a. Vermächtnisse zugunsten der Kläger erfüllen. Er verkaufte und übertrug nun das Grundstück im März 1945 zu dem von der Preisbehörde festgesetzten Höchstpreis von 25 800 RM an seine Ehefrau. Später klagten die Vermächtnisnehmer auf Feststellung der Nichtigkeit von

229) RG Recht 1912, Nr.889.

230) OGHZ 3,242 = NJW 1950, 597; der Sachverhalt ist nachstehend vereinfacht wiedergegeben.

Kaufvertrag und Auflassung und verlangten Berichtigung des Grundbuchs. Sie behaupteten, der Testamentsvollstrecker habe sein Amt mißbraucht und seine Ehefrau habe das gewußt oder wissen müssen.

Der OGH hob das stattgegebene Berufungsurteil aus prozessualen Gründen auf. Zugleich verlangte er weitere tatsächliche Feststellungen zur Frage des Amtsmißbrauchs, insbesondere dazu, ob das Grundstück anderenfalls habe günstiger verkauft werden können. Auch bedürfe es einer näheren Begründung für die Annahme einer pflichtwidrigen Einstellung des Vollstreckers und einer auf Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis auf seiten der Ehefrau.

Auch im amerikanischen Recht finden sich Beispiele für diese Fallgruppe. So war in der Entscheidung *Happy v. Cole County Bank*²³¹⁾ ein Bankdirektor als Trustee für die minderjährigen Erben seines Bruders eingesetzt. Im Jahre 1933 drohte nun die Schließung der Bank, weil sie nicht über die in Missouri gesetzlich vorgeschriebenen Mindesteinlagen verfügte. Um dies zu verhindern, übertrug der Trustee der Bank 10 000 Dollar aus dem Nachlaß. Dabei war die Herkunft des Geldes leitenden Angestellten der Bank bekannt. Das Gericht unterwarf das jetzt im Eigentum der Bank befindliche Geld einem Trust zugunsten der klagenden Erben, da die Bank das Geld in Kenntnis des Treubruchs und zudem unentgeltlich empfangen habe.

cc) Bei einer dritten Fallgruppe geht es um Verfügungen, mit denen der Vollstrecker zwar nicht sich oder einem Dritten Vorteile verschaffen will, aber doch - regelmäßig unbewußt - dem Interesse des Erben zuwiderhandelt.

In Deutschland hatte die Praxis derartige Fälle noch nicht zu entscheiden. Die Anwendbarkeit der Mißbrauchslehre auf Fälle unbewußt pflichtwidriger Verfügungen ist zudem bei uns streitig.²³²⁾

231) 338 Mo 1025, 93 SW 2d 870 (1936).

232) Näher dazu unten S.

In den Vereinigten Staaten sind jedoch mehrere solche Fälle entschieden worden. Dabei ging es insbesondere um die unsichere oder unzumutbare Anlage von Nachlaßvermögen. So hatte im Falle *Horne Savings & Loan Co. v. Gertrude Strain*²³³⁾ der Trustee mit Nachlaßmitteln Aktien einer "building and loan association" erworben. Mittels Klage gegen diese Gesellschaft versuchte er später, das übereignete Geld erneut einem Trust zu unterwerfen, da er zum Erwerb solcher Aktien nicht berechtigt gewesen sei und die Gesellschaft dies gewußt habe.

Der Klage wurde stattgegeben. Das Gericht erklärte, Aktien einer "building and loan association" stellten keine sichere Geldanlage dar. Zu ihrem Erwerb sei der Trustee weder gesetzlich noch testamentarisch ermächtigt. Die Gesellschaft habe jedenfalls gewußt, daß der Trustee über Nachlaßgelder verfügte. Unter diesen Umständen habe sie sich nach seiner Verfügungsberechtigung erkundigen müssen.

Ähnlich lag der Fall *First National Bank of Houston v. Weiner*.²³⁴⁾ Dort sollte der Trustee das Nachlaßvermögen nach freiem Ermessen anlegen, zunächst für seine Mutter verwalten und nach deren Tode zwischen sich und seinen Geschwistern aufteilen. Er gründete nun mit Hilfe des Nachlaßvermögens eine partnership, die den Verkauf fabrikneuer Autos betrieb. Für die Bezahlung der ersten Wagenlieferung mußte er Bankkredit aufnehmen, den er durch Abtretung zweier zum Nachlaß gehörender Schuldscheine über insgesamt 30 000 Dollar sicherte. Sein Amtsnachfolger verlangte von der Bank Herausgabe dieser Schuldscheine.

Der Klage wurde stattgegeben. Zwar habe der Trustee sehr weitgehende Befugnisse gehabt. Aber "his attempted embarkation of the estate he represented upon the uncertain and hazardous seas of a mercantile copartnership amounted to a breach of his fiduciary duties". Die Bank habe das unter den gegebenen Umständen erkennen müssen. Sie habe nämlich gewußt, daß die beiden Schuldscheine zum Nachlaßvermögen gehörten und der Trustee nur als solcher über sie verfügen konnte. Sie habe ferner gewußt, daß der Trustee bereits Nachlaßvermögen in die besagte copartnership investiert hatte und auch den fraglichen Kredit für diesen Zweck

233) 130 Ohio 53, 196 NE 770, 99 ALR 903 (1935).

234) 253 SW 615 (Texas 1923).

verwenden wollte.

Im amerikanischen Recht ist ferner die Aufnahme von Darlehen für den Nachlaß als pflichtwidrige Verfügung behandelt worden. So sollte der Trustee im Falle *Tuttle v. First National Bank of Greenfield*²³⁵⁾ Nachlaßgelder gewinnbringend anlegen und die Erträge dem Beneficiary zukommen lassen. Er nahm nun für den Nachlaß ein Darlehen auf und verpfändete dafür zum Nachlaß gehörende Aktien. Später bestritt er klageweise die Wirksamkeit dieser Verpfändung. Das Gericht gab der Klage statt. Es erklärte, die Befugnisse eines Trustee erstreckten sich nicht darauf, für den Nachlaß Darlehen aufzunehmen. Die Darlehensschuld müsse deshalb als persönliche Schuld des Trustee betrachtet werden. Für eine persönliche Schuld habe er aber keine Nachlaßgegenstände verpfänden können. Der Pfandgläubiger und die als dessen Rechtsnachfolger verklagte Bank, denen die Zugehörigkeit der Aktien zum Nachlaß bekannt war, hätten wissen müssen, daß der Trustee die Aktien nicht für "eigene" Schulden verpfänden konnte.

b) Nachlaßverwalter und Nachlaßpfleger

Über den Nachlaßverwalter und Nachlaßpfleger, zwei dem Testamentsvollstrecker nahestehende Quasi-Treuhänder, läßt sich wenig sagen. Das Verfügungsrecht des Nachlaßverwalters, das gesetzlich nicht ausdrücklich statuiert, aber doch notwendige Voraussetzung seiner in §§ 1984, 1985 Abs.1 genannten Aufgaben ist, soll zwar nur der Gläubigerbefriedigung dienen. Darin liegt aber nach Rechtsprechung und herrschender Leh-

²³⁵⁾ 187 Mass 533, 73 NE 560 (1905).

re²³⁶⁾ "keine Beschränkung der ihm durch Gesetz eingeräumten Verwaltung- und Verfügungsmacht, . . . vielmehr nur . . . eine aus dem Zweck seiner Einsetzung sich ergebende Anleitung für seine Tätigkeit".²³⁷⁾ Allerdings untersteht der Nachlaßverwalter mittelbar (§ 1915 BGB) dem Vormundschaftsrecht,²³⁸⁾ so daß er den vormundschaftsrechtlichen Verfügungsbeschränkungen²³⁹⁾ unterliegt und somit nur einen geringeren Machtüberschuß mißbrauchen kann als der Testamentsvollstrecker. In der Praxis und Lehre haben denn auch pflichtwidrige Verfügungen eines Nachlaßverwalters bisher keine Rolle gespielt.

Bei dem Nachlaßpfleger ist das Bestehen eines Machtüberschusses streitig. Er wird vom Nachlaßgericht regelmäßig für "die Sicherung und Verwaltung des Nachlasses sowie die Ermittlung der unbekannten Erben" eingesetzt,²⁴⁰⁾ ohne daß seine Vertretungsmacht weiter begrenzt wird.²⁴¹⁾ Man streitet darüber, ob er auf Grund dessen in vollem Umfange zur Verwaltung des Nachlasses berechtigt ist oder nur insoweit verfügen kann, wie es im Rahmen seiner Aufgabe und zur ordnungsmäßigen Verwaltung

236) Staudinger-Lehmann, § 1985 Anm.8; Siebert-Ehard-Eder, § 1985 Anm.2; Bartholomeyczik, § 54 III 3 b cc; unklar dagegen Lange, S.659, der eine Begrenzung auch der äußeren Rechtsmacht "aus der Kennzeichnung seines Amtes als Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger in § 1795" folgern will.- Das ist wohl nur insoweit möglich, als sich die Vertretungsmacht nur auf vermögensrechtliche, nicht aber auf gesellschaftsrechtliche oder höchstpersönliche Angelegenheiten erstreckt (vgl. dazu KG JfG 23, 236 (238)).

237) so RGZ 72, 260 (262); der verklagte Nachlaßschuldner hatte dem klagenden Nachlaßverwalter entgegengehalten, die Einziehung der Forderung bezwecke nicht die Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten. Das RG versagte ihm diesen Einwand.

238) Kipp-Coing, § 97 VII (§ 94 VII), Bartholomeyczik, § 54 III 3 b dd; Palandt-Rechenmacher, § 1985 Anm.1; Johannsen in BGB-RGRK, § 1985 Anm.2.

239) dazu unten S. 68.

240) vgl. die Muster in HaP Bd.VI, S.88.

241) Möhring, S.202.

oder Erhaltung des Nachlasses erforderlich ist.²⁴²⁾ Auch hier haben treuwidrige Verfügungen bisher jedenfalls weder Praxis noch Lehre beschäftigt.

Immerhin gäbe es im Ernstfall wohl keinen inneren Grund, die Mißbrauchslehre auf Nachlaßverwalter und Nachlaßpfleger nicht ebenso anzuwenden wie auf den Testamentsvollstrecker.

c) Der Konkursverwalter

Bei einem weiteren Typ gesetzlicher Verwalter, dem Konkursverwalter, findet sich der gleiche Machtüberschuß wie beim Testamentsvollstrecker. Auch hier hat der Gesetzgeber auf eine zweckentsprechende Beschränkung der Verfügungsmacht verzichtet, weil er befürchtete, daß dann nur die für die Gläubigerbefriedigung nötigen und förderlichen Verfügungen des Konkursverwalters für gültig erachtet würden und so "alle Sicherheit des Verkehrs aufhören" würde.²⁴³⁾ Das Gesetz beschränkt sich daher auf die Feststellung, das dem Gemeinschuldner entzogene Verwaltungs- und Verfügungsrecht werde von dem Konkursverwalter ausgeübt (§ 6 Abs. 2 KO).²⁴⁴⁾

Auch hier haben pflichtwidrige Verfügungen in der Praxis wiederholt eine Rolle gespielt. Rechtsprechung und das überwiegende Schrifttum haben hier

242) Für ersteres: Möhring, S.202; Firsching in HaP Bd.VI, S.92; für letzteres: Kipp-Coing, § 125 III 3 (§ 79 III 3); Bartholomeyczik, § 32 II 3 e;

nichtssagend dagegen Staudinger-Lehmann, § 1960 Anm.54 und Johannsen in BGB-RGRK § 1960 Anm.28. (Der Nachlaßpfleger habe nach außen die gleiche Verfügungsmacht wie ein anderer Pfleger).

243) Hahn, Bd.IV, S.60.

244) Im Gegensatz dazu obliegen dem Vergleichsverwalter gem. § 39 VglO regelmäßig nur Prüfungs- und Überwachungsaufgaben. Der Schuldner bleibt verfügbungsberechtigt. Auch soweit gegen ihn gem. §§ 59 f VglO ein Veräußerungsverbot ergeht, erhält der Vergleichsverwalter keine Verfügungsbefugnis, sondern nur die gerichtlich beschränkbare Zuständigkeit, den Verfügungen des Schuldners zustimmen; vgl. dazu Bley, § 59 Anm.5, § 64 Anm.1.

jedoch nicht mit der Mißbrauchslehre operiert, sondern die Verfügung schlechthin für unwirksam erklärt, wenn sie dem Konkurszweck "zuwiderlief" oder "offenbar zuwiderlief".²⁴⁵⁾ Verfügungen eines Konkursverwalters wurden demgemäß für unwirksam erachtet, wo sie die optimale Befriedigung der Konkursgläubiger beeinträchtigten oder den gesetzlichen Verteilungsvorschriften zuwiderliefen.

So heißt es schon 1889 in einer Reichsgerichtsentscheidung,²⁴⁶⁾ der Konkursverwalter könne - anders als der Gemeinschuldner bis zur Konkursöffnung - die Gläubiger nicht entgegen der gesetzlichen Folgeordnung oder ungleichmäßig befriedigen. Zahlungen, die er den Vorschriften der KO zuwider leiste, enthielten vielmehr stets eine ungesetzmäßige Bevorzugung einzelner Gläubiger. Spätere Entscheidungen haben dann die Abtretung einer Forderung für ungesetzlich²⁴⁷⁾ bzw. nichtig²⁴⁸⁾ oder die Überlassung eines Kraftfahrzeuges für unwirksam²⁴⁹⁾ erklärt, wenn dadurch die bevorzugte Befriedigung eines nicht bevorrechtigten Gläubigers erreicht wurde. Eine weitere Entscheidung²⁵⁰⁾ stellt fest, ein Konkursverwalter könne seinem Amtsvorgänger kein Zurückbehaltungsrecht wegen eines Anspruchs auf Vergütung und Anlagenerstattung einräumen, da die Massekosten vorschriftsmäßig erst nach den Aus- und Absonderungsansprüchen und nach den Masseschulden zu befriedigen seien.

Wie man diese Ergebnisse angesichts der unbeschränkten Verfügungsmacht des Konkursverwalters dogmatisch begründen kann, ist von der Praxis nicht erörtert worden. Wohl zu Recht haben Lent²⁵¹⁾ und Jaeger²⁵²⁾ eingewandt, die vorschriftswidrige Bevorzugung eines einzelnen Gläubigers könne nicht

245) BGH LM Nr.3 zu KO § 6; OLG Schleswig, SchlHA 1956, 239; Mentzel-Kuhn, § 6 Anm.37; Böhle-Stamschräder, KO, § 6 Anm.7; Kiesow, JW 1937, 1375 passim.

246) RGZ 23, 54 (62).

247) RGZ 57, 195 (200), (1904).

248) BGH LM Nr.3 zu KO § 6. (Kurz vorher spricht das Urteil allerdings von "Unwirksamkeit").

249) LG Aachen, MDR 1952, 368 (369).

250) RGZ 53, 190 (193 f) (1902).

251) KTS 1956, 161 ff.

252) Konkursordnung, § 6 Anm.25.

deshalb unwirksam sein, weil dem Konkursverwalter insoweit die Verfügungsmacht fehle. Der Praxis könne nur dort gefolgt werden, wo eine Verfügung wie etwa im Falle einer Schenkung "ihrer Natur nach"²⁵³⁾ generell dem Konkurszweck zuwiderlaufe. Statt dessen will Jaeger die Unwirksamkeit im Falle der Bevorzugung einzelner Gläubiger aus dem Fehlen der gesetzlichen Voraussetzungen eines Aus- bzw. Absonderungsrechtes herleiten. Ohne sie könne ein solches Recht nicht begründet werden. Im übrigen sei die Mißbrauchslehre zu verwenden, wo ein Geschäft dem Konkurszweck offensichtlich widerspreche. Dort werde nämlich dem D klar sein, daß der Konkursverwalter seine Vertretungsmacht mißbrauche.

Lent stützt sich demgegenüber sogar ausschließlich auf die Mißbrauchslehre. Unwirksamkeit sei demgemäß nur anzunehmen, wo der Konkursverwalter bei der Anerkennung nicht bestehender Rechte bewußt zum Nachteil der Masse handle und der D dies wisse oder erkennen müsse. Die gutgläubige Anerkennung nicht bestehender Vorzugsrechte sei dagegen wirksam, da bloße sachliche Unrichtigkeit auch sonst nicht die Vertretungsmacht beseitige.²⁵⁴⁾

In der Tat wird das Problem auch für den Konkursverwalter nur über die Mißbrauchslehre zu lösen sein. Wollte man konsequent darauf abstellen, ob eine Verfügung dem Konkurszweck zuwiderläuft, so hinge die Wirksamkeit einer Verwertungshandlung von deren objektiver Zweckmäßigkeit ab. Das aber wird zu Recht einstimmig abgelehnt.²⁵⁵⁾ Der D mag zwar bei pflichtwidrigen Verfügungen eines Konkursverwalters regelmäßig weniger schutzbedürftig sein als bei anderen Quasitreuhändern, weil der Zweck der Konkursverwaltung vom Gesetzgeber eingehender festgelegt und eine Pflichtwidrigkeit somit leichter erkennbar ist. Verzichtet man aber auf die Mißbrauchslehre, so kann der D auch in Ausnahmefällen nicht geschützt werden.

253) Der Ausdruck stammt aus RGZ 76, 244(250), (1911). Dort hatte der Kläger einen Entlastungsbeschluß einer Hauptversammlung angefochten und die Klage u.a. gegen den Konkursverwalter der AG gerichtet. Das RG verneinte die Passivlegitimation des Konkursverwalters, da es mit dem Konkurszweck "schlechterdings unvereinbar" sei, wenn der Konkursverwalter den gesetzwidrigen Verzicht auf ein Masseaktivum verteidigen müsse.

254) aaO, S.162 f unter Ziff.III und IV.

255) RGZ 29, 80(82); 53, 190(192); herrschende Lehre, Nachweise bei Lent, KTS 1956, 161 unter Ziff. I.

d) Vormund und Eltern

Wichtige gesetzliche Vertreter mit überschießender Rechtsmacht sind der Vormund und die Eltern. Das Verfügungsrecht des Vormundes soll zwar nur der Erhaltung und wirtschaftlichen Nutzung des Mündelvermögens dienen. Der Gesetzgeber sah sich aber außerstande, die Vertretungsmacht inhaltlich auf derartige Geschäfte zu begrenzen, "da eine genügend bestimmte, praktisch brauchbare, allen Interessen gleichmäßig Rechnung tragende allgemeine Vorschrift der Art sich nicht geben läßt".²⁵⁶⁾ Er verzichtete auch bewußt darauf, nach gemeinrechtlichem Vorbild solche Rechtsgeschäfte für den Mündel unverbindlich sein zu lassen, die sich als arglistiger Eingriff in das Mündelvermögen darstellen. Schwerer als die Gefahr eines solchen, im übrigen praktisch seltenen Machtmißbrauchs wie-ge nämlich das Verkehrsinteresse und auch das Interesse des Mündels an einer sicheren, "kreditwirkenden" Vertretung.²⁵⁷⁾ Immerhin hat der Gesetzgeber bei dem Vormund die Mißbrauchsgefahren auf enumerativem Wege erheblich vermindert. So kann der Vormund Mündelvermögen nicht verschenken (§ 1804 BGB), mehrere Geschäfte wegen Interessenkollision nicht und andere nur mit Genehmigung des Gegenvormundes bzw. des Vormundschaftsgerichtes vornehmen (§§ 1795, 1809, 1821 f BGB). Seine Vertretungsmacht entfällt ferner, wenn er sich im Wirkungskreis eines anderen Vormundes (§ 1797 Abs.2 BGB), des Jugendamtes (§ 46 JWG) oder der Fürsorgebehörde (§ 69 Abs.4 JWG) betätigt. Handelt er diesen Beschränkungen zuwider, so ist das Rechtsgeschäft im Falle des Schenkungsverbots nichtig,²⁵⁸⁾ in den übrigen Fällen gem. §§ 177-179 BGB schwebend unwirksam.²⁵⁹⁾

Ganz ähnlich steht es mit dem Vertretungsrecht der Eltern für ihre Kinder (§ 1629 BGB). Auch hier ist die Vertretungsmacht grundsätzlich unbeschränkt, jedoch in verschiedener Hinsicht ähnlich wie im Vormundschaftsrecht ge-

256) Mot.IV, S.1085 = Mugdan IV, S.575.

257) Mot.IV, S.1086 = Mugdan IV, S.576.

258) h.M., vgl. Palandt-Lauterbach, § 1804 Anm.1.

259) Beitzke, § 37 I 4; Lehmann, Familienrecht, § 44, 2; Siebert-Germer, § 1795 Anm.8; Palandt-Lauterbach, § 1797 Anm.3;

RGZ 68, 37 (für den Fall einer gegen § 1797 Abs.1 Satz 2 verstoßenden Verfügung des Vaters); für den Fall fehlender Genehmigung: § 1928 BGB.

setzlich eingeschränkt.²⁶⁰⁾

Pflichtwidrige Verfügungen eines Vormundes haben bisher nur die Literatur beschäftigt. Dabei wird allgemein die Ansicht vertreten, die Mißbrauchslehre sei auch auf pflichtwidrige Verfügungen eines Vormundes anzuwenden.²⁶¹⁾ D könne sich also auf die Vertretungsmacht des Vormundes nicht berufen, wenn er den Mißbrauch kannte²⁶²⁾ oder erkennen mußte. Das Fehlen einschlägiger Entscheidungen zeigt zwar, daß der Gesetzgeber hier den wichtigsten Mißbrauchsgefahren vorgebeugt hat. Auch hier sind aber treuwidrige Verfügungen denkbar. Man nehme etwa an, der Vormund verwende Mündelgeld berechtigtermaßen (§ 1806 BGB) für die Instandsetzung eines Gebäudes und zahle dem ihm bekannten Unternehmer bewußt eine zu hohe Vergütung. Ferner wäre denkbar, daß Teile des Mündelvermögens aus wirtschaftlichen Gründen oder zur Schuldentilgung veräußert werden müssen und der Vormund mit dem ihm bekannten Käufer einen zu niedrigen Kaufpreis vereinbart. Pflichtwidrige Verfügungen der Eltern sind bisher in der Literatur wohl nicht erörtert worden, in der Hofverwalterin-Entscheidung des BGH²⁶³⁾ aber jüngst erstmalig entschieden und ebenfalls nach der Mißbrauchslehre gelöst worden.

Ergiebiger als die deutsche Praxis ist die amerikanische Judikatur zum Vormundschaftsrecht. Amerikanische Gerichte haben wiederholt entschieden, daß ein Mündel sein Vermögen bei treuwidrigen Verfügungen des Vormundes nach den Regeln des following trust property von bösgläubigen Erwerbern herausverlangen kann.²⁶⁴⁾ Dabei lassen sich zwei Fallgruppen unterscheiden:

260) So schon ausdrücklich Mot. IV, S.740 = Mugdan IV, S.393. Zu den Beschränkungen vgl. im einzelnen die Übersicht bei Siebert-Lange, § 1629 Anm.22 - 33; Palandt-Lauterbach, § 1629 Anm.3 und 4; Beitzke, § 26 III.

261) Palandt-Lauterbach, § 1793 Anm.3; Beitzke, § 37 I 4; Lehmann, Familienrecht, § 44 V 3, auch § 40, 3.

262) Nur für diesen Fall auch Siebert-Vogel, § 1793 Anm.3 a sowie Siebert-Germer, § 1793 Anm.3.

263) BGH WM 1964, 505 = RdLandw. 1964, 153; weniger ausführlich ferner in JZ 1964, 420 = MDR 1964, 592 = JuS 1964, 368 = DB 1964, 729.

264) allgemein dazu 25 Am.Jur., Guardian and Ward, § 213.

aa) Eine erstere Gruppe bilden auch hier die Fälle, in denen der Sorgeberechtigte Mündel- bzw. Kindesvermögen zur Tilgung oder Sicherung eigener Schulden oder anderweitig im eigenen Interesse verwendet hat.

So hatte in der Entscheidung *United States Fidelity & G.Co.v.Citizens' State Bank*²⁶⁵⁾ ein Vormund ("guardian") als solcher bei der beklagten Bank ein Konto unterhalten und zu Lasten dieses Kontos von der Bank für den Mündel einen hypothekarisch gesicherten Schuldschein über 1 200 \$ erworben. Als er später persönlich in finanzielle Schwierigkeiten geriet, übertrug er Schuldschein und Hypothek zurück an die Bank, ließ sich den Gegenwert aushändigen und beglich am gleichen Tage eine persönliche Schuld gegenüber der Bank in Höhe von 1 000 \$. Da der Vormund nunmehr zahlungsunfähig war, mußte die Klägerin, eine Garantievericherungsgesellschaft,²⁶⁶⁾ dem Mündel den Schaden ersetzen. Ihrer Rückgriffsklage gegen die Bank wurde stattgegeben, da die Bank unter den gegebenen Umständen habe erkennen müssen, daß der Vormund eigene Schulden mit Mündelgeldern beglich.

Im Falle *Tierney v. Coolidge*²⁶⁷⁾ hatte die minderjährige Klägerin Namensaktien und Bargeld geerbt. Ihre Mutter war zum Vormund bestellt und die Aktien dementsprechend auf "Alice Tierney under guardianship of Helena E.Tierney" umgeschrieben worden. Die Mutter eröffnete nun im eigenen Namen bei der beklagten Börsenmaklerfirma ein Konto, kaufte und verkaufte über dieses Konto Wertpapiere und verpfändete der Beklagten nach und nach die besagten Aktien des Mündels. Die Beklagte verkaufte die Aktien und erkannte dafür das Konto der Mutter. Die Klägerin wollte nun teilweise die von der Beklagten erworbenen Surrogate einem constructive trust unterwerfen. Dieser Klage wurde stattgegeben, da die Beklagte, wie sie im übrigen selbst einräumte, den Treubruch des Vormunds habe erkennen müssen.

265) 36 N.D.16, 161 NW 562 (1917).

266) Derartiger Versicherungsschutz gegen Veruntreuungen durch quasi-gerichtliche Funktionäre ist in den USA weitgehend vorgeschrieben. Speziell für den Vormund vgl. etwa 25 Am.Jur., Guardian and Ward, §§ 188 f.

267) 308 Mass 255, 32 NE 2d 198, 132 ALR 1249 (1941).

In drei anderen Entscheidungen lag die pflichtwidrige Verfügung anderweitig im eigenen Interesse des Sorgeberechtigten. So ging es in dem vom Supreme Court entschiedenen Fall U.S.v.Dunn^{267a)} um folgendes: Die Beklagten hatten den Vormund einer minderjährigen "Choctaw"-Indianerin durch die geheime Zusicherung einer Gewinnbeteiligung von einem Viertel dazu veranlaßt, ihnen Grundstücke des Mündels für die Gewinnung von Erdöl und Erdgas zu verpachten. Anschließend hatten sie eine corporation gegründet und dieser ihre Rechte übertragen. Die Aktien befanden sich inzwischen teilweise in Händen gutgläubiger Erwerber. Die Vereinigten Staaten, die den Prozeß für die Minderjährige führten, verzichteten nun auf etwaige Ansprüche gegen die Gesellschaft und deren Aktionäre, verlangten aber von den beiden Beklagten Schadensersatz in Geld. Das Gericht verurteilte die Beklagten nach dem Grundsatz des following trust property zur Herausgabe der erlangten Surrogate und des Gewinnes.²⁶⁸⁾

Auch in der Entscheidung Winter v.Truax²⁶⁹⁾ hatte ein Vormund im eigenen Interesse über Mündelvermögen verfügt. Er hatte ein Grundstück zunächst mit gerichtlicher Genehmigung an den X verkauft, die Übertragung jedoch erst nach einem halben Jahr vollzogen und das Grundstück bereits am gleichen Tage zum gleichen Kaufpreis an sich persönlich zurückübertragen lassen. Drei Monate später veräußerte er es dann zum doppelten Kaufpreis an Y. Dieser wurde vom Gericht zum constructive trustee erklärt, da er die Kollusion zwischen dem Vormund und X habe aus der Urkunde ersehen müssen.

Schließlich ist auch die schon genannte, im Jahre 1964 ergangene Hofverwalterin-Entscheidung des BGH²⁷⁰⁾ hierher zu rechnen. Es ging dort um die Klage einer Landhandels-Firma gegen eine minderjährige Hoferbin auf Zahlung des Kaufpreises für mehrere Lieferungen von Dünger, Saatgut und Futtermitteln. Die Beklagte hatte den Hof von ihrem Vater geerbt. Nach § 14 HöfeO stand jedoch ihrer Mutter das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht am Hofe zu. Diese hatte die besagten Lieferungen bei der Klägerin bestellt und bezogen.

267a) 268 US 121, 69 L.Ed. 876 (1925).

268) Wir würden diesen Vertrag wohl wegen der geheimen Gewinnbeteiligung für sittenwidrig halten und dann über §§ 990, 989 BGB zum gleichen Ergebnis kommen.

269) 87 Mich 324, 49 NW 604 (1891).

270) vgl. oben Anm. 263.

Später geriet sie in finanzielle Schwierigkeiten und leistete schließlich den Offenbarungseid. Die Klägerin konnte deshalb nur einige ihrer Forderungen einbringen. Sie behauptete nun, die Mutter habe die Bestellungen namens der minderjährigen Tochter aufgegeben, und verklagte diese in Höhe eines Teilbetrages von 12 200 DM.

Der BGH hat diese Klage ebenso wie die Vorinstanzen abgewiesen. Erstens wirtschaftete nämlich der bauerliche Nutzverwalter kraft eigenen Rechts und nicht als Vertreter des Hoferben. Kaufverträge der vorliegenden Art würden also regelmäßig im eigenen Namen und nicht namens des Hoferben geschlossen. Zweitens komme es auch nicht darauf an, ob die Mutter die Bestellungen tatsächlich im Namen der Beklagten aufgegeben habe. Die Klage müsse nämlich auch für diesen Fall abgewiesen werden, da die Mutter dann ihre Vertretungsmacht jedenfalls erkennbar mißbraucht habe. Denn Eltern hätten wie ein ordentlicher Verwalter für das Vermögen des Kindes zu sorgen. Laufende Ausgaben für Dünger, Saatgut und Futtermittel dürfe der Nutzverwalter deshalb nicht aus dem Vermögen des Kindes, also nicht aus der Substanz des Hofes, sondern nur aus den Betriebserträgen decken. Diese Pflichtwidrigkeit habe die Klägerin erkennen müssen. Sie habe aus dem ihr vorliegenden Grundbuchauszug ersehen können, daß es sich um einen der HöfeO unterliegenden Hof handelte und die Beklagte Eigentümerin geworden war. Unter diesen Umständen habe sie sich auf Grund ihrer Kenntnis landwirtschaftlicher Verhältnisse sagen müssen, daß die Mutter nicht ohne weiteres alle Bestellungen zu Lasten der Beklagten vornehmen dürfe. Es widerspreche Treu und Glauben, wenn sie "die auf solche Weise erlangte vertragliche Haftung der Beklagten zur Grundlage ihrer Forderung machen könnte". Das Berufungsgericht habe demnach "zu Recht eine vertragliche Haftung der Beklagten verneint."

bb) Eine andere Fallgruppe der amerikanischen Kasuistik ist auch hier dadurch gekennzeichnet, daß der Vormund zwar nicht bewußt im eigenen Interesse, aber doch dem Interesse des Mündels zuwider verfügt.

So war im Falle *Continental Casualty Co. v. Pleitsch*²⁷¹⁾ durch den Tod des A eine Lebensversicherung über 2000 \$ zugunsten des Bruders B fällig

271) 111 SW 2d 956 (Missouri 1938); ähnlich auch die Entscheidung *Russell v. Johnson*, 193 Ark 541, 101 SW 2d 172 (1937).

geworden. Der beklagte Bestattungsunternehmer ließ sich vom Vater des A aus der Lebensversicherungssumme bezahlen, obgleich er wußte, daß der begünstigte B minderjährig und ortsabwesend war und der Vater nur als dessen curator und guardian handelte. Die Klägerin ließ sich von B dessen Rechte abtreten und klagte erfolgreich gegen die Bestattungsunternehmer auf Rückzahlung. In dem Urteil heißt es, der Beklagte habe erkennen müssen, daß der Vater seine Befugnisse überschritt, und sei folglich "to be charged with knowledge that the curator could not bind his ward".

Im Falle Frazier v. Jeakins²⁷²⁾ sollte der Vormund u.a. den Eigentumsanteil seines Mündels an verschiedenen Grundstücken verwalten. Als Bar-mittel für den Unterhalt des Mündels beschafft werden mußten, erhielt er die gerichtliche Genehmigung zur Veräußerung der Anteile. Er über-trug sie daraufhin an seine Ehefrau. Drei Jahre später veräußerte diese die Anteile an D, dem bekannt war, daß der Vormund als solcher die Anteile an seine Ehefrau übertragen hatte. Das Gericht hielt die Über-tragung an D für unwirksam, da ein Trustee das Treugut ebensowenig an seine Ehefrau wie an sich selbst veräußern könne und die vorangegangene Übertragung zwischen den Eheleuten dem D bekannt gewesen sei.

e) Die vertretungsberechtigten Gesellschafter bzw. Gesellschaftsorgane

Ganz ähnlich wie bei den gesetzlichen Vertretern liegen die Dinge auch bei den Gesellschaftern bzw. Organen, durch die eine handelsrechtliche Gesellschaft vertreten wird. Hier ist im Interesse des Geschäftsverkehrs sogar ausdrücklich festgelegt, daß die Vertretungsmacht nicht mit Wirkung gegen Dritte beschränkt werden kann.²⁷³⁾ Der infolge dieses zwangs-

272) 64 Kan 615, 68 P 24 (1902).

273) §§ 126 Abs.1 und 2, 161 Abs.2 HGB, 71 Abs.1, 74 Abs.2 AktG, 35 Abs.1, 37 Abs.2 GmbHG, 24 Abs.1, 27 Abs.2 GenG.

läufigen Machtüberschusses gegebenen Gefahr pflichtwidriger Verfügungen sind Rechtsprechung und Schrifttum auch hier mit der Mißbrauchslehre beggnet. Dabei wurde der Schutz der Gesellschaft gegen bösgläubige Dritte schrittweise ausgebaut. Zunächst hatte die Rechtsprechung nur bei Kolusion, also bei ausdrücklicher Absprache zwischen dem Vertretungsberechtigten und D, das Geschäft auf Grund einer Arglisteinrede für unverbindlich erklärt.²⁷⁴⁾ Schon das ROHG hielt dann aber positive Kenntnis des D von dem Mißbrauch für ausreichend.²⁷⁵⁾ Hinsichtlich fahrlässiger Unkenntnis folgte das RG zunächst dem ROHG und erklärte die bloße Erkennbarkeit des Mißbrauchs für im Bereich unbeschränkbarer Vertretungsmacht unerheblich.²⁷⁶⁾ Erst 1934 gab es diesen Standpunkt in der Feuerverbands-Entscheidung²⁷⁷⁾ auf und berücksichtigte die bloße Erkennbarkeit nun auch im Bereich unbeschränkbarer Vertretungsmacht.

Dabei ging es um folgenden Sachverhalt: Die klagende Aktiengesellschaft war gegründet worden, um ein Grundstück ihres Vorstandsmitgliedes Dr.B. zu erwerben, in das auf Betreiben eines Hypothekengläubigers die Zwangsvollstreckung angeordnet war. Um die hierfür erforderlichen Mittel zu beschaffen, setzte sich Dr.B. mit dem Direktor D des beklagten gemeinnützigen Verbandes zur Förderung der öffentlichen Feuerversicherung in Verbindung. Dabei verpflichtete sich D schriftlich namens des Beklagten, der Klägerin lombardfähige Wertpapiere im Werte von 2 Millionen RM zu liefern. Die Klägerin ersteigerte daraufhin das Grundstück mit Hilfe einer Bietungskautiön des E und erhielt den Zuschlag. Sie konnte jedoch, da der Beklagte die genannten Wertpapiere nicht lieferte, am Verteilungstermin nicht zahlen, so daß das Grundstück erneut versteigert und dem betreibenden Hypothekengläubiger zugeschlagen wurde. Sie verlangte vom Beklagten nun Schadensersatz wegen der unterbliebenen Lieferung der Wertpapiere.

274) ROHG 5, 294 (297); 6, 131 (134 f); 7, 394 (404); 9, 429 (432); 19, 334 (336).

275) ROHG 9, 429 (432).

276) RGZ 71, 219 (222) passim (1909).

277) RGZ 145, 311 (315) = JW 1935, 1012 m.Anm. v. Siebert.

Das RG wies diese Klage in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen ab. Die Klägerin habe die Verbands- und Zweckfremdheit des von D gegebenen Versprechens erkennen müssen. Es bestehe kein Grund, den Mißbrauch einer gesetzlichen Vertretungsmacht anders zu behandeln als den Vollmachtsmißbrauch.

Der BGH hat diese Auffassung 1960 im Musikalienverlags-Fall bestätigt.²⁷⁸⁾ Dort hatten zwei Gesellschafterinnen in der Form einer OHG einen Musikalienverlag betrieben. Die Gesellschafterin A hatte gewisse Tantiemenansprüche, die der Gesellschaft gegenüber der "GEMA" zustanden, an das Land abgetreten, um den Flüchtlingskredit ihres Bruders zu sichern. Das Land trat diese Ansprüche an die beklagte Bank ab. Dieser wurden die Beträge von der GEMA überwiesen. Die Gesellschafterin B verklagte nun die Bank "aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung" auf Zahlung dieser Beträge.

Die Vorinstanzen hatten die Klage abgewiesen. Der BGH verwies die Sache hingegen zurück. Das Berufungsgericht habe rechtsirrig nur geprüft, ob die Bank positive Kenntnis davon hatte, daß die A den Interessen der OHG zuwiderhandelte. Diese Rechtsauffassung sei überholt. Auch ein geringerer Grad von Verschulden der Bank könne ausreichen. Gemäß den sich aus § 242 BGB ergebenden Grundsätzen sei entscheidend, ob ein Maß von Verschulden vorliege, das es mit Treu und Glauben als nicht vereinbar erscheinen lasse, daß sich die Bank auf die Vertretungsmacht der A berufe.

Auch das BAG hat einen parallel gelagerten Fall im Sinne der Feuerverbands-Entscheidung entschieden.²⁷⁹⁾ Der Kläger, der als Betriebsleiter bei der beklagten GmbH angestellt war, begehrte dort die Feststellung, daß die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung unwirksam sei. Er berief sich hierfür auf eine Vereinbarung, die er unmittelbar vorher mit H, einem ihm

278) BGH WM 1960, 611. - Zuvor hatte sich das RG freilich noch zweimal offenbar unbewußt zu der Feuerverbandsentscheidung in Widerspruch gesetzt. Die eine Entscheidung (RG JW 1935, 1084) erging nur wenige Tage später und verneinte die Prüfungspflicht des D hinsichtlich der einem Prokuristen erteilten Weisungen. Die spätere Entscheidung (RGZ 153, 371 (374)) enthält nur ein kurzes Dictum.

279) BAG 12, 151 = JZ 1962, 758 m.zust.Anm.v.Isele.

befreundeten Geschäftsführer der GmbH, getroffen hatte. Danach sollte sich der Anstellungsvertrag auf drei weitere Jahre erstrecken und das Gehalt des Klägers um 300, -- DM erhöht werden. Diese Vereinbarung hatte jedoch die S, eine Witwe des Firmengründers und ebenfalls Geschäftsführerin, nicht anerkannt. Sie hatte dem Kläger für den Fall gekündigt, daß er nicht zu den bisherigen Bedingungen weiterarbeiten wolle.

Die Feststellungsklage blieb in allen Instanzen erfolglos. Dazu heißt es im Urteil des BAG: Die Vertretungsmacht des H sei zwar Dritten gegenüber unbeschränkt. Der Anstellungsvertrag untersage es dem H aber intern, mit leitenden Angestellten der Beklagten ohne Zustimmung der S Arbeitsverträge zu schließen. H habe ferner bewußt zum Nachteil der Beklagten gehandelt, da er sie zu erheblichen Mehraufwendungen verpflichtet habe. Auch der Kläger habe nicht nur gewußt, daß H die Vereinbarung intern nicht treffen durfte - allein diese Kenntnis könne bei unbeschränkter Vertretungsmacht noch nicht zur Anwendung der Mißbrauchslehre führen -, er habe vielmehr ebenso wie H gewußt oder zumindest erkennen können, daß die Befugnisüberschreitung der Beklagten Nachteile brachte und somit mißbräuchlich war. "Die Berufung des Klägers auf eine so zustandegekommene Vereinbarung (sei) aber eine gegen Treu und Glauben verstoßende und daher unzulässige Rechtsausübung", ²⁸⁰⁾ an der die Feststellungsklage scheitern müsse.

Das neuere handelsrechtliche Schrifttum hat sich dieser Rechtsprechung überwiegend angeschlossen und berücksichtigt demgemäß die fahrlässige Unkenntnis des D bei der unbeschränkbaren Vertretungsmacht in gleichem Umfang wie bei der Vollmacht. ^{280a)} Die vorwiegend ältere Gegenmeinung will dagegen nur die positive Kenntnis des D berücksichtigen, da die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht hier gerade einen erhöhten

280) BAG 12, 151 (155).

280a) Kipp, S.286; Lehmann, Gesellschaftsrecht, § 20 II 2 c; Hueck, OHG, § 20 III 2 (S.214 ff); Weipert in HGB-RGRK § 126 Anm.21; Schlegelberger-Geßler, § 126 Anm.22; Baumbach-Duden, § 126 Anm.5 D; W. Schmidt in Großkomm.AktG § 74 Anm.12; Baumbach-Hueck, AktG, § 74 Anm.3 B; Schilling in Hachenburg, GmbHG, § 37 Anm.12; Baumbach-Hueck, GmbHG, § 37 Anm.3; Vogel § 37 Anm.3.

Vertrauensschutz des D bezwecke.²⁸¹⁾ Eine vermittelnde Meinung will diesen Vertrauensschutz insoweit gewährleisten, als D nicht in grobfahrlässiger Unkenntnis handelt.²⁸²⁾ Rechtsprechung und überwiegende Lehre kommen damit bei uns zu ähnlichen Ergebnissen wie das amerikanische Recht bei der partnership und corporation. Dort ist die Vertretungsmacht eines partner, officer oder director nicht prinzipiell unbeschränkt, sondern - wie hier nur angedeutet werden kann - nach verschiedenen Gesichtspunkten des law of agency begrenzt. So wird der Rahmen der authority durch die Gesichtspunkte der general, express, implied or apparent authority festgelegt.²⁸³⁾ Außerhalb der authority liegende Geschäfte binden die Gesellschaft nicht,²⁸⁴⁾ so daß Dritte entsprechende Nachforschungen anstellen müssen.²⁸⁵⁾ Insbesondere dürfen diese nicht annehmen, der agent dürfe Gesellschaftsvermögen für eigene Zwecke verwenden.²⁸⁶⁾ Stärkeren Schutz genießen sie jedoch im Rahmen der apparent authority, also dort, wo die Gesellschaft aus dem Gesichtspunkt der Anscheinsvollmacht "estopped" ist²⁸⁷⁾ oder das Geschäft "within the scope of the partnership business"²⁸⁸⁾ liegt bzw. "apparently carries on in the usual

281) Vor allem Stoll, S.128 ff; ferner v. Gierke, Handelsrecht, § 34 I 1 c (anders noch in der 6. Aufl.); Bandasch, § 126 Anm.2; Scholz, § 37 Anm.5; Meyer-Meulenbergh, § 27 Anm.2.

Aus dem älteren Schrifttum ferner: Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 126 Anm.9; Staub-Pinner, § 126 Anm.15; Brodmann, § 235 Anm.3; Crüger-Crecelius, § 37 Anm.3; Parisius-Crüger-Crecelius-Citron, § 27 Anm.14.

282) Siebert, Mißbrauch, S.652.- Damit ist natürlich wenig gewonnen, solange nicht feststeht, wann D überhaupt fahrlässig handelt. Dehnt man seine Sorgfaltspflicht nicht ungebührlich aus, so ist - wie Isele neuerdings zu Recht betont hat (JZ 62, 759 (760)) - die Beschränkung auf grobe Fahrlässigkeit unnötig.

283) vgl. Stevens, § 45, S.228.

284) vgl. 40 Am.Jur., "Partnerships", § 137; § 9 (2) Uniform Partnership Act; Ballantine § 49 S.137.

285) vgl. 40 Am.Jur., "Partnerships", § 142; 13 Am.Jur., "Corporations", § 181; Ballantine § 49 S.137.

286) vgl. Crane, S.259 ff; Anm.27 zu § 9 Uniform Partnership Act in 7 U.L.A. 71; 13 Am.Jur., "Corporations", § 891 bei Anm.16; Ballantine § 58 S.148.

287) dazu 40 Am.Jur. "Partnerships", § 147; 13 Am.Jur., "Corporations", § 890; Ballantine, § 58 S.147.

288) so etwa 40 Am.Jur., "Partnerships", § 137; ähnlich Stevens, § 51 S.243.

way the business of the partnership".²⁸⁹⁾ Hier schaden weitergehende interne Beschränkungen dem Dritten nur im Falle positiver Kenntnis.²⁹⁰⁾

f) Quasi-Treuhänder mit zweckgebundener Rechtsmacht

Bei den Quasi-Treuhändern mit zweckentsprechend begrenzter Rechtsmacht haben sich ähnliche Probleme ergeben. Bei ihnen kann es zwar in Ermangelung eines Machtüberschusses nicht zu pflichtwidrigen Verfügungen kommen. Hier mußte die Praxis vielmehr umgekehrt nach Schutzmöglichkeiten für gutgläubige Dritte suchen. Auch hier mußte also, wenngleich vom entgegengesetzten Ausgangspunkt aus, auf die Gut- bzw. Bösgläubigkeit des D abgestellt werden.

Eine zweckentsprechend begrenzte Vertretungsmacht finden wir zunächst bei den Liquidatoren. Das ergibt sich bei Vereinen, OHG und AG bereits aus dem jeweiligen Gesetzeswortlaut,²⁸¹⁾ wird aber ebenso für die GmbH und Genossenschaft angenommen.²⁸²⁾ Wir finden sie weiterhin beim Zwangsverwalter²⁸³⁾ und bei den meisten²⁸⁴⁾ Pflegern. Der Wirkungskreis der Pfle-

289) so § 9 (1) Uniform Partnership Act.

290) vgl. § 9 (4) Uniform Partnership Act; Crane, S.275; 13 Am.Jur., "Corporations", § 892; wohl auch Ballantine § 58 S.147. Diese Beschränkung auf positive Kenntnis des D wird kaum zu unserem Recht fremden Ergebnissen führen, da wir in den Fällen einer apparent authority schwerlich fahrlässige Unkenntnis annehmen würden.

281) §§ 48 Abs.2 BGB, 149 HGB, 210 S.1 AktG.

282) etwa Schmidt in Hachenburg, GmbHG, Einl. vor § 70 Anm.1; Meyer-Meulenbergh, § 88 Anm.1.

283) Der Zwangsverwalter hat nach § 152 Abs.1 ZVG nur das Recht, "alle Handlungen vorzunehmen, die erforderlich sind, um das Grundstück in seinem wirtschaftlichen Bestande zu erhalten, und ordnungsgemäß zu benutzen. Er hat die Ansprüche, auf welche sie die Beschlagnahme erstreckt, geltend zu machen und für die Verwaltung entbehrliche Nutzungen in Geld umzusetzen."

284) Anders etwa die Abwesenheitspflegschaft, bei der es erforderlich sein kann, den Pfleger für alle Vermögensangelegenheiten des Pfleglings zu bestellen, vgl. Palandt-Lauterbach, § 1791 Anm.1.

ger wird für jeden Einzelfall durch die Verpflichtungsverhandlung vor dem Vormundschaftsgericht bestimmt. Damit wird zugleich ihre Vertretungsmacht begrenzt.²⁸⁵⁾ Dritte können sich anhand der Bestallungsurkunde über den Wirkungskreis des Pflegers informieren. Ihr Vertrauen auf den Inhalt der Urkunde wird zwar nicht geschützt, wenn das Gericht die Vertretungsmacht zwischenzeitlich beschränkt hat. Sie können sich aber durch eine Auskunft des Gerichts oder durch Einsicht der Vormundschaftsakten sichern.²⁸⁶⁾

aa) Trotz der so begrenzten Vertretungsmacht kann man nun etwa bei den Liquidatoren nicht annehmen, jedes im Einzelfall nach objektiver Beurteilung liquidationsfremde Geschäft sei ohne Vertretungsmacht vorgenommen.²⁸⁷⁾ Damit würden nämlich "die Belange des redlichen Geschäftsverkehrs völlig außer acht gelassen".²⁸⁸⁾ Denn für Dritte ist häufig nicht erkennbar, ob ein Geschäft der Abwicklung dient und ob ein neues Geschäft zur Beendigung schwebender Geschäfte erforderlich ist. Nach herrschender Lehre sind deshalb nicht nur diejenigen Geschäfte gültig, die objektiv dem Abwicklungszweck dienen, sondern auch solche, die in den Geschäftskreis der Liquidatoren fallen können und deren Liquidationsfremdheit der Dritte ohne Fahrlässigkeit nicht kannte.²⁸⁹⁾ Dabei muß nach überwiegender Ansicht die Gesellschaft die Fahrlässigkeit des D beweisen.²⁹⁰⁾

Auf diese Weise gelangt man zu befriedigenden Ergebnissen, die freilich bislang nicht überzeugend begründet worden sind. Nicht überzeugend ist insbesondere die These, die Vertretungsmacht der Liquidatoren sei zwar auf

285) Palandt-Lauterbach vor § 1909 Anm.1a; Firsching in HaP V 226; anders offenbar Staudinger-Lehmann, § 1960 Anm.54.

286) Palandt-Lauterbach, § 1791 Anm.1; vgl. auch § 34 FGG.

287) So allerdings v. Godin-Wilhelmi, § 210 II 1; Ritter, § 149 Anm.2 und 9 c; Scholz, § 70 Anm.9.

288) so bereits RGZ 146, 376 (378) (1935).

289) RGZ 146, 376 (378); BGH LM Nr.2 zu § 149 HGB; Staudinger-Coing, § 49 Anm.11; Weipert in HGB-RGRK, § 149 Anm.37; Schlegelberger-Geßler, § 149 Anm.22; Baumbach-Duden, § 149 Anm.3 A; Barz in Großkomm. AktG § 210 Anm.6; Schmidt in Hachenburg, GmgHG § 70 Anm.15.

290) vgl. die Zitate in Anm.289; abweichend Staudinger-Coing, aaO entgegen der 10.Aufl.; in RGZ 146, 378 noch offengelassen.

den Aufgabenbereich beschränkt, eine Überschreitung der Vertretungsmacht könne dem D aber nur im Falle der Erkennbarkeit entgegengehalten werden.²⁹¹⁾ Sie vermag nämlich nicht zu erklären, wieso der Liquidator die Gesellschaft gegenüber einem Gutgläubigen verpflichten kann, wenn er doch außerhalb seiner Vertretungsmacht handelt. Nach einer anderen These ist die Vertretungsmacht zwar auf Abwicklungsgeschäfte beschränkt, im Verhältnis zu Dritten aber jedes Geschäft als Abwicklungsgeschäft zu betrachten, das der Dritte ohne Fahrlässigkeit für ein solches halten konnte.²⁹²⁾ Damit dehnt man aber die Vertretungsmacht in Widerspruch zum Ausgangspunkt auf unerkennbar liquidationsfremde Geschäfte aus und läßt zugleich unklar, inwiefern das Bestehen der Vertretungsmacht von der Erkennbarkeit des Mißbrauchs abhängen kann.

Eine überzeugende Begründung liefert wohl auch hier nur die Mißbrauchslehre. Der Liquidator ist zu allen Verfügungen berechtigt, die möglicherweise dem Liquidationszweck dienen können. Die Verfügung ist unwirksam, wenn D weiß oder wissen muß, daß sie im konkreten Fall anderen Zwecken dient.

bb) Ebenso liegen die Dinge beim Zwangsverwalter. Auch dort gibt es Fälle, in denen ein Dritter nicht beurteilen kann, ob eine Verfügung i.S. von § 152 Abs. 1 ZVG für die wirtschaftliche Erhaltung des Grundstücks erforderlich bzw. einer ordnungsmäßigen Benutzung dienlich ist. Zwar kann ein Zwangsvollstreckter in keinem Falle das Grundstück selbst veräußern oder belasten²⁹³⁾ oder über die von der Beschlagnahme ergriffenen Gegenstände verfügen.²⁹⁴⁾ Er kann aber über entbehrliche Nutzungen²⁹⁵⁾ und entbehrliche Zubehörstücke²⁹⁶⁾ verfügen und auch sonst die verschiedensten, i.S. von § 152 Abs.1

291) so Palandt-Danckelmann, § 49 Anm.1 und Siebert, Mißbrauch, S.645, der daraus sogar auch für andere Quasitreuhänder eine Gleichstellung von "Können" und "Dürfen" herleiten will.

292) so Weipert in HGB-RGRK, § 149 Anm.37 und Schlegelberger-Geßler, § 149 Anm.22.

293) Wilhelmi-Vogel, § 152 Anm.4; Steiner-Riedel, § 152 Anm.2a; Jaeckel-Güthe, § 152 Anm.5; Korinthenberg-Wenz, § 152 Anm.5.

294) Steiner-Riedel, § 152 Anm. 2a.

295) vgl. § 152 Abs. 1 ZVG.

296) Wilhelmi-Vogel, § 152 Anm.26; Steiner-Riedel, § 152 Anm. 2c; Jaeckel-Güthe, § 152 Anm. 7.

ZVG erforderlichen Verfügungen vornehmen. Man denke nur an die Begleichung von Abgaben, Versicherungsprämien oder Instandsetzungskosten sowie an die Einziehung oder Abtretung²⁹⁷⁾ von Miet- und Pachtzinsen. In derartigen Fällen kann der Verwalter seine Pflichten zum Schaden der Liquidationsmasse verletzen, ohne daß dies dem D erkennbar wäre.

Rechtsprechung und Lehre haben zwar anders als bei den Liquidatoren noch nicht angenommen, daß solche Verfügungen nur gegenüber Gutgläubigen wirksam seien. Ansätze dazu finden sich aber in einem neueren Urteil des LG Berlin,²⁹⁸⁾ in dem es um die Verbindlichkeit eines vom Verwalter abgeschlossenen schuldrechtlichen Vertrages ging. Während nämlich ein pflichtwidriger Vertragsschluß nach § 152 Abs. 1 ZVG mangels Vertretungsmacht unwirksam sein müßte, erklärte das LG hier, der Schuldner werde dann nicht verpflichtet, "wenn der Zwangsverwalter erkennbar (!) seine Befugnisse überschreitet, also ein Rechtsgeschäft abschließt, das außerhalb des ihm durch § 152 ZVG zugeschriebenen Aufgabenkreises liegt."

Auch wo es um Verfügungen geht, wird man auf die Erkennbarkeit der Pflichtwidrigkeit abstellen müssen. Dann aber muß man auch hier mit der Mißbrauchslehre operieren.

g) Anhang: Der Verschuldensmaßstab

Von besonderer Bedeutung ist die Frage, unter welchen tatsächlichen Umständen die Praxis Fahrlässigkeit des D angenommen hat. Wir hatten

297) vgl. dazu RG, Recht 1914, Nr. 2145.

298) LG Berlin v. 3.5.1956, VersR 1956, 446. - Der Verwalter hatte einen fünfjährigen Feuerversicherungsvertrag geschlossen. Nach Ansicht des LG lag dies noch innerhalb seines Aufgabenkreises.

gesehen, daß die Rechtsprechung seit der Feuerverbands-Entscheidung des RG für die Anwendung der Mißbrauchslehre in allen Fällen den gleichen Verschuldensgrad auf seiten des D verlangt, nämlich einfache Fahrlässigkeit. Neuerdings findet sich statt des Begriffs der einfachen Fahrlässigkeit auch die Feststellung, es reiche ein Maß von Verschulden aus, das die Berufung des D auf die Vertretungsmacht als mit Treu und Glauben unvereinbar erscheinen lasse.²⁹⁹⁾ Auf diese Weise ist nun freilich noch nicht bestimmt, unter welchen Umständen im Einzelfall Fahrlässigkeit des D anzunehmen ist. Das läßt sich auch nicht allgemein festlegen. Aus den genannten Entscheidungen läßt sich nur entnehmen, was für Umstände häufig den Verdacht eines Machtmißbrauches nahelegen: Verfügungen zur Sicherung und Tilgung eigener Schulden, Aufnahme von Darlehen für einen Nachlaß, Verfügungen außerhalb des typischen Tätigkeitfeldes ("verbandsfremdes Geschäft") und Verfügungen zugunsten enger Verwandter zu auffallend günstigen Bedingungen. Im übrigen kann sich aber die Annahme einer Fahrlässigkeit - wie der BGH im Hofverwalterin-Fall zu Recht betont hat - immer nur auf eine rechtliche Wertung des Einzelfalles stützen. "Es kommt . . . auf eine Würdigung der gesamten Umstände unter Abwägung der beiderseitigen Interessen an, ob es dem Vertragsgegner nach Treu und Glauben verwehrt ist, sich auf den vom Vertreter mit ihm unter Mißbrauch der Vertretungsmacht geschlossenen Vertrag zu stützen".³⁰⁰⁾ Auf diese Weise werden auch Differenzierungen erklärlich, die wegen der bei den verschiedenen Quasi-Treuhändern unterschiedlichen Interessenlage geboten sind. So sind an das Verhalten des D schärfere Anforderungen gestellt worden, wo ein Testamentvollstrecker oder Elternteil über Vermögen eines Erben bzw. Kindes verfügte.³⁰¹⁾ Erbe und Kind können ihren Vermögensverwalter nicht aussu-

299) So etwa BGH WM 1960, 611 (613) (Musikalienverlags-Fall). Ähnlich auch BAG 12, 151 (155) (Kündigungs-Fall).

300) BGH JZ 1964, 420 = WM 1964, 505 (506). - Die unmittelbar vorangehende Bemerkung des BGH, es könne nicht schlechthin genügen, daß der D den Mißbrauch der Vertretungsmacht fahrlässig nicht erkannt habe, erscheint mißverständlich. Gemeint ist wohl, daß Fahrlässigkeit eben nur angenommen werden kann, wenn dem D nach der beiderseitigen Interessenlage und den gesamten Umständen Nachforschungen zuzumuten waren.

301) Zum Erben vgl. insbesondere RGZ 83, 348 (353) und dazu oben S. 57f; zum Kind vgl. den Hofverwalterin-Fall und dazu oben S. 71 f.

chen und regelmäßig auch nicht überwachen. Geringere Anforderungen sind in Fällen unbeschränkbarer Vertretungsmacht an das Verhalten des D gestellt worden.³⁰²⁾

Hier kann die Gesellschaft den Vertretungsberechtigten selbst aussuchen und überwachen. Vor allem darf die Nachforschungspflicht hier nicht so weit gehen, daß die Flüssigkeit des Geschäftsverkehrs, der die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht doch dienen soll, beeinträchtigt wird.

V. Ergebnis:

Zusammenfassend läßt sich zur gegenwärtigen Rechtslage folgendes sagen:

Die Wirksamkeit einer treuwidrigen Verfügung des fiduziarischen TH wird durch beiderseitige Kenntnis der Treuwidrigkeit nicht berührt. Dingliche Ansprüche gegen den D bestehen nur dort, wo der Treuhandvertrag eine Resolutivbedingung, Vormerkung oder Vereinbarung über die Nichtabtretbarkeit einer Forderung enthält. Schadensersatzansprüche gegen D bestehen auf Grund § 823 Abs.2 i.V. § 266 StGB, wenn D die Treuwidrigkeit kannte und der TH nicht ausnahmsweise unvorsätzlich handelte. Ungeklärt ist, unter welchen Voraussetzungen Schadensersatzansprüche auch aus § 826 BGB herzuleiten sind.

Befriedigende Lösungen ergeben sich für die Ermächtigungstreuhand. Deren Verwendbarkeit beschränkt sich jedoch auf Inkassoverhältnisse und einige andere Fälle fremdnütziger Treuhand. Sie ist zudem unbrauchbar, soweit der TH das Recht prozessual geltend machen soll.

302) Im Feuerverbands-Fall (vgl. oben S.74 f) handelte es sich um ein ganz offensichtlich verbandsfremdes Geschäft. Im Kündigungs-Fall waren die internen Beschränkungen des Geschäftsführers nach den Feststellungen der Vorinstanz für den Kläger zumindest erkennbar. Daß die fragliche Vereinbarung die Beklagte finanziell schädigen mußte, lag auf der Hand (vgl. oben S.76 f). Der Musikalienverlags-Fall (vgl. oben S.75 f) wurde zurückverwiesen und ist in dieser Hinsicht unergiebig.

Auch bei den meisten Quasitreuhändern sind infolge eines Machtüberschusses pflichtwidrige Verfügungen möglich. Die Praxis hat sie, wo immer sie eine praktische Rolle gespielt haben, befriedigend gelöst. Für die Lösung zog sie bei Testamentvollstrecker, Vormund, Eltern und vertretungsberechtigten Gesellschaftern bzw. Organen die Mißbrauchslehre heran, beim Konkursverwalter hingegen den Gesichtspunkt der Unvereinbarkeit mit dem Konkurszweck.

Vergleicht man die Behandlung pflichtwidriger Verfügungen bei Fiduziaren, Quasitreuhändern und amerikanischen Trustees, so ist für die abweichenden Ergebnisse bei den Fiduziaren kein innerer Grund ersichtlich.

Die abweichenden Ergebnisse sind zudem unbefriedigend. Es kann nicht befriedigen, daß sogar gegen den wissenden D Schadensersatzansprüche nur über § 823 Abs. 2 möglich und somit von der jeweiligen Fassung des strafrechtlichen Untreuetatbestandes abhängig sind. Es kann ferner nicht befriedigen, daß Ansprüche gegen einen fahrlässigen D in jedem Falle ausgeschlossen sind. Die positive Kenntnis der Treuwidrigkeit wird der TG im Prozeß häufig nicht beweisen können. Das sollte nicht ausschlaggebend sein, wenn zumindest nachweisbar ist, daß D von Umständen Kenntnis hatte, die den Verdacht eines Treubruchs nahelegten.

Die abweichenden Ergebnisse sind schließlich auch unvereinbar mit Grundsätzen, die für die fiduziarische Treuhand anerkannt sind. Es ist inkonsequent, einen dinglichen Schutz des TG gegen Gläubigerzugriffe anzuerkennen, gegen treuwidrige Verfügungen aber abzulehnen.³⁰³⁾ Diese Widersprüchlichkeit zeigt sich insbesondere, wenn der TH zugunsten eines persönlichen Gläubigers verfügt: Während diesem der zwangsweise Zugriff auf das Treugut verwehrt ist, soll er es behalten können, wenn der TH es freiwillig zum Zwecke der Schuldtilgung übertragen hatte und die Pflichtwidrigkeit dieser Verfügung ihm bekannt bzw. erkennbar war.

303) Dagegen auch Müller-Freienfels, S. 137. -

Konsequent, wenngleich noch unbefriedigender die schweizerische Praxis, die Aussonderungs- und Widerspruchsrechte des TG bekanntlich ablehnt.

ZWEITER TEIL: Lösungsvorschläge

1. Ansatzpunkt: Die Sonderstellung des Treugutes

Das Problem treuwidriger Verfügungen bildet nicht den einzigen Punkt, in dem die Vollrechtsstellung des TH und die bloß obligatorische Berechtigung des TG eine sachgerechte Lösung erschweren. Trotz dieses Hindernisses haben Praxis und Lehre aber inzwischen für alle wesentlichen Konfliktsfälle eine sachgerechte Lösung gefunden. So sind nach und nach die folgenden Rechtssätze entwickelt worden.

1. Der TG hat gegenüber Gläubigern des TH Aussonderungs- und Widerspruchsrechte, der TH dagegen im umgekehrten Falle nicht.¹⁾
2. Einem Inkasobeauftragten kann der Schuldner auch dann Einwendungen aus der Person des Auftraggebers entgegenhalten, wenn die Forderung fiduziarisch übertragen ist.²⁾
3. Entsprechendes gilt im Falle der Aufrechnung. Ein Dritter kann also seine Forderung gegen den TG "je nach der besonderen Art und Gestaltung des Treuhandverhältnisses" gegen eine Forderung des fiduziarischen TH aufrechnen.³⁾
4. Umgekehrt verzichten die Banken in ihren Geschäftsbedingungen darauf, bei einem Anderkonto das Recht der Aufrechnung oder Zurückbehaltung wegen Forderungen gegen den fiduziarischen Kontoinhaber gel-

1) Die Behandlung von Treugut im Konkurse und in der Zwangsvollstreckung ist bekannt. Übersicht und Nachweise etwa bei Jaeger, § 43 Anm.38 ff, Reinhardt und Erlinghagen, S.43 ff und Assfalg, S.123.

2) BGHZ 5, 285 (292) (Scheckeinzugsfall).

3) BGHZ 25, 360 (367) = NJW 1958, 18 = WM 1957, 1539. Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der "VEB Carl Zeiss Jena" hatte in Göttingen ein Warenlager unterhalten. Er hatte durch einen dortigen Angestellten, der jetzt als Inhaber der Klägerin auftrat, Waren an das beklagte, in der Bundesrepublik unter der Firma "Carl Zeiss" betriebene Unternehmen veräußert. Als die Klägerin von der Beklagten Zahlung des Kaufpreises verlangte, rechnete diese mit Forderungen gegen den VEB Carl Zeiss Jena auf.

tend zu machen, die nicht in bezug auf das Anderkonto selbst entstanden sind.⁴⁾

5. Hat jemand in anfechtbarer Weise Gegenstände erworben und sie sodann sicherungshalber einem gutgläubigen SN übertragen, so unterliegen sie erneut der Anfechtung, sobald sie nach Fortfall des Sicherungszweckes an ihn zurückübertragen worden sind.⁵⁾
 6. Bei einer Sicherungsabtretung bleibt der SG "Berechtigter" i.S. des § 209 Abs.1 BGB. Er kann also durch Klageerhebung die Verjährung unterbrechen.⁶⁾ Die Abtretung berührt regelmäßig nicht seine Befugnis, das übertragene Recht gerichtlich oder außergerichtlich geltend zu machen und Zahlung an den SN zu verlangen.⁷⁾ Auf eine
-
- 3) Der BGH hat diese Aufrechnung zugelassen. Aus den gleichen Gründen, aus denen bei einer fiduziarischen Inkassozeession der Schuldner mit Forderungen gegen den Zedenten, nicht aber mit Forderungen gegen den Zessionar aufrechnen könne, müsse die Aufrechnung auch in anderen Treuhandfällen zugelassen werden. Das gelte jedenfalls, wenn das Treuhandverhältnis wie im vorliegenden Falle den TH nach Art eines Angestellten an die Weisungen des TG binde. Die Forderung sei zwar formell in der Person des TH entstanden. Die Berufung darauf widerspreche hier aber nach allen Umständen und nach den Vorschriften über den Interzonenhandel Treu und Glauben.
- 4) Ziff.8 der Geschäftsbedingungen für Anderkonten und Anderdepots von Rechtsanwälten, Notaren und Treuhändern (Fassung Dezember 1962).
- 5) RGZ 145,188 (193) (1934); ebenso auch Kiel, JW 1922, 787.
- 6) OLG Celle, WM 1956, 707.
- 7) BGHZ 32,67 (71). - Hier hatte die Klägerin mit Hilfe verschiedener Geldgeber einen Film hergestellt. Um eine staatliche Ausfallbürgschaft zu erhalten, hatte sie die Urheberrechte und die Rechte aus dem Verleihvertrag treuhänderisch an die Beklagte abgetreten. Der Film brachte nicht den erwarteten Gewinn. Die Klägerin war der Ansicht, der Ausfall sei von der Verleihfirma verschuldet worden. Nach deren Konkurs verlangte sie von der Beklagten Schadensersatz, weil diese die Verleihfirma nicht hinreichend überwacht habe. - Der BGH wies die Klage ab, weil die Klägerin die Rechte auch selbst gegenüber der Verleihfirma geltend machen können und die Beklagte nicht verpflichtet sei, die von der Klägerin selbst wahrnehmbaren Rechte geltend zu machen.

dahingehende Ermächtigung seitens des SN soll es dabei offenbar nicht ankommen.

7. Die treuhänderische Übertragung von GmbH-Anteilen an einen Strohmann hat, "obwohl (sie) den Treuhänder dem Treugeber gegenüber nur schuldrechtlich bindet, die Wirkung, daß der Treugeber als der eigentlich Berechtigte anzusehen ist, soweit es wenigstens die berechtigten Belange der Gesellschaft, der übrigen Gesellschafter oder sonstiger Dritter erfordern".⁸⁾ Tritt also der TG seine Rechte gegen den TH an einen Dritten ab, so ist dies eine i.S. von § 15 Abs.5 GmbHG zustimmungsbedürftige Abtretung von Gesellschafteranteilen.⁹⁾
 8. Stirbt der Inhaber eines Anderkontos oder entfällt seine Berechtigung, Anderkonten zu unterhalten, so geht die Forderung aus dem Anderkonto nicht auf seine Erben, sondern auf einen durch die zuständige Berufskammer oder Landesjustizverwaltung zu bestellenden Nachfolger über.¹⁰⁾
 9. Zufälliger Untergang von Treugeldern würde nach allgemeinen Regeln (§ 279 BGB) den TH nicht von seiner Leistungspflicht befreien. Dennoch hat man angenommen, der Untergang eines Anderkontos befreie den TH von der Rückzahlungspflicht.¹¹⁾ Das ist gerechtfertigt und läßt sich durch eine Vertragsauslegung, wonach sich die Schuld des TH auch bei Gattungssachen von vornherein auf das übergebene Treugut beschränkt, begründen.¹²⁾ Immerhin zeigt eine solche Ver-
-
- 8) RGZ 159, 272 (282) (1938).
9) RGZ, aaO.
10) Ziff.13 der Geschäftsbedingungen (vgl. Anm.4 oben).
11) Staudinger-Coing, Einl. vor § 104 Anm.60 i unter Berufung auf LG Hamburg v.13.1.1949 - 2 O 207/48 - in DNotZ 1950, 130 (133). Dort war das von einem Notar geführte Anderkonto dadurch untergegangen, daß die "Bank der deutschen Arbeit" in Hamburg von der Militärregierung geschlossen wurde.
12) Allgemeiner die Begründung des LG Hamburg in DNotZ 1950, 130 (133): Wenn dem TG die Vorteile eines Widerspruchs- bzw. Aussonderungsrechts gegenüber den Gläubigern des TH zufließen, so müsse er billigerweise auch die Gefahr des zufälligen Unterganges tragen.

tragsauslegung wieder die unterschiedliche Behandlung des Treugutes gegenüber sonstigem Eigentum des TH.

10. Schließlich gilt der TG im Steuerrecht auf Grund der dort erforderlichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise als steuerpflichtiger Vermögensinhaber.¹³⁾

Alle diese Rechtssätze führen zu befriedigenden Ergebnissen, weil sie der Sonderstellung des Treugutes Rechnung tragen, also die Tatsache berücksichtigen, daß es zwar im Eigentum des TH steht, aber im Gegensatz zum übrigen Eigentum des TH von diesem nur verwaltet oder als Sicherheit benutzt werden soll und wirtschaftlich dem TG zugeordnet bleibt.

Will man nun den erforderlichen letzten Schritt in der Fortbildung des Treuhandrechts tun, nämlich auch das Problem treuwidriger Verfügungen befriedigend lösen, so muß man auch hier von der so weitgehend anerkannten Sonderstellung des Treugutes ausgehen. Auch hier wird man also das Treugut nicht wie einen beliebigen Gegenstand behandeln dürfen, der im Eigentum des TH steht und Objekt eines schuldrechtlichen Anspruchs des TG ist. Dabei wird sich zeigen, daß man die Sonderstellung des Treugutes in unserem Falle über die Generalklauseln berücksichtigen kann (unten II). Darüber hinaus wird sich die Frage stellen, ob die Sonderstellung nicht auch durch eine dogmatisch neue Sicht des Treuhandverhältnisses zum Ausdruck gebracht werden kann (unten III).

II. Wege zur Lösung

1. Positive Kenntnis des Treubruchs

Die Sonderstellung des Treugutes läßt sich vor allem dort über die Generalklauseln berücksichtigen, wo D weiß, daß der TH zum Nachteil des TG einen bewußten Treubruch begeht. Hier sollte man das Verhalten des D als sittenwidrig bewerten, ohne auf zusätzlichen Voraussetzungen wie "plan-

13) § 11 Abs.1 Ziff.1-3 StAnpG; Näheres bei v.Wallis.

mäßiger Zusammenwirkung zum Schaden Dritter"¹⁴⁾ zu bestehen. Solche Voraussetzungen müssen zwar dort hinzutreten, wo jemand eine Sache erwirbt und weiß, daß der Veräußerer sie zuvor einem anderen verkauft hatte. Wollte man hier nämlich den Erwerber auch ohne zusätzliche Voraussetzungen nach § 826 BGB haften lassen, so bedeutete das, wie man zu Recht betont hat,¹⁵⁾ eine verschleierte Anerkennung des vom Gesetzgeber abgelehnten *ius ad rem*.¹⁶⁾ Damit ist aber nicht gesagt, daß die wissentliche Beteiligung an der Verletzung obligatorischer Rechte eines Dritten für sich allein niemals sittenwidrig sein könne. Das ist vielmehr eine Frage des konkreten Einzelfalles. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, was für obligatorische Rechte im Einzelfall verletzt werden und in welchem Umfang diese Rechte schutzbedürftig sind. Nun sind obligatorische Rechte eines TG, wie gezeigt, von der Praxis in anderen Punkten erheblich stärker geschützt worden als sonstige obligatorische Rechte. Es liegt deshalb nahe, sie auch in unserem Falle stärker zu schützen.

Bedeutsame Ansätze zu einer solchen Differenzierung enthält bereits eine Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1954.¹⁷⁾ Sie ist für uns auch ohne ausdrücklichen Hinweis auf das Treuhandrecht besonders instruktiv, weil es in ihr um gesellschaftsrechtliche Ansprüche bei einer Innengesellschaft, also einer besonderen Erscheinungsform der *Fiduzia*,¹⁸⁾ ging. Der Sachverhalt war folgender:

Die C.-Filmgesellschaft hatte einen Dokumentarfilm hergestellt und die Kläger durch bürgerlich-rechtlichen Gesellschaftsvertrag an der Finanzierung und Auswertung des Films beteiligt. Später war sie in finanzielle Schwierigkeiten geraten und hatte dem Beklagten zur Sicherung eines Kre-

14) vgl. oben S. 15.

15) Enneccerus-Lehmann, § 236 III 1 d (S.959); Hamburger, S.2238; RG Warn 1913, 387 (389).

16) Mot.II, S.2, 3.- Nach Pr.ALR I, 19, §§ 5, 6 konnte sich bekanntlich der Erwerber einer Sache, wenn ihm das "zu" dieser Sache erlangte persönliche Recht eines anderen bei der Besitzergreifung bekannt war, diesem gegenüber nicht auf sein durch die Übergabe erlangtes dingliches Recht berufen.

17) BGHZ 12, 308.

18) vgl. dazu Siebert, S.321 f.

dités ihre Rechte gegenüber der Verleihfirma, der T.-Film GmbH, abgetreten. Daraufhin verlangten die Kläger Feststellung der Nichtigkeit dieser Abtretung, da die C. ohne Verfügungsberechtigung über Gesellschaftsvermögen verfügt habe. Hilfsweise verlangten sie Schadensersatz.

Der BGH wies die Feststellungsklage ab, da es sich hier um eine Innengesellschaft handle, die C. also nach außen allein verfügungsberechtigt sei. Er hob hingegen das Berufungsurteil auf, soweit es den Hilfsantrag abgewiesen und dennoch unterstellt hatte, dem Beklagten seien die gesellschaftsrechtlichen Ansprüche der Kläger an den Einspielergebnissen bei der Abtretung bekannt gewesen.

Die Begründung folgt dem RG darin, daß die Beteiligung eines Dritten am Vertragsbruch einer Vertragspartei nur unter besonderen Umständen als sittenwidrige Schädigung zu beurteilen sei. Sie erblickt diese besonderen Umstände hier aber bereits darin, daß gesellschaftsrechtliche Ansprüche verletzt wurden. Denn im Verhältnis der Gesellschafter untereinander seien die Forderungen, "die zwar formal der C zustanden, so zu behandeln, als wenn sie gemeinschaftliches Gesellschaftsvermögen wären".¹⁹⁾ Ihre dahingehenden gesellschaftsrechtlichen Pflichten habe die C verletzt, indem sie die Forderungen für gesellschaftsfremde Zwecke verwendet habe. Diese Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten wiege aber - und das ist für uns richtungsweisend - bei einer Beurteilung unter dem Gesichtspunkt des § 826 schwerer als die Verletzung einfacher schuldrechtlicher Vertragspflichten wie etwa der Verpflichtung aus einem Kaufvertrag.²⁰⁾ Das verdeutliche § 266 StGB, der der Verletzung eines besonderen Treueverhältnisses gegenüber der Verletzung einfacher schuldrechtlicher Vertragspflichten in strafrechtlicher Hinsicht ein entscheidendes Gewicht beimesse. Diese Beurteilung müsse in gleicher Weise im Anwendungsbereich des § 826 gelten, so daß die Beteiligung an der Verletzung einer gesellschaftsrechtlichen Treupflicht gegenüber der Beteiligung an einem einfachen Vertragsbruch vom Standpunkt der Sittengesetze aus stärker ins Gewicht falle.

Diese Differenzierung ist zu begrüßen. Gegen sie hat man zwar eingewandt, es werde hier nur auf das Verhalten des untreuen Vertragspartners

19) BGHZ 12, 308 (319).

20) aaO, S.319 f.

abgestellt, als sittenwidrig müsse sich aber das Verhalten des D darstellen.²¹⁾ Das ist insoweit richtig, als sich der Vorwurf sittenwidrigen Verhaltens in diesen Fällen primär gegen den Verfügenden richtet. Er läßt sich aber nicht auf den Verfügenden beschränken, wenn D an der Verfügung mitwirkt, obgleich er die Umstände kennt, die das Verhalten des Verfügenden sittenwidrig erscheinen lassen.²²⁾ Weiß D also, daß der Verfügende eine besondere Treupflicht verletzt und dadurch einen anderen schädigt, so handelt auch er sittenwidrig.

Das muß nun aber für alle fiduziarischen Rechtsverhältnisse gelten. Der BGH hatte sich nur mit einem Einzelfall fiduziarischer Rechtsgestaltung zu befassen. Auch in den übrigen Fällen besteht aber eine besondere Treupflicht, deren Verletzung schwerer wiegt als die einer einfachen Vertragsverletzung.

Sittenwidrigkeit auf seiten des D führt nun nach allgemeiner Ansicht zur Anwendung des § 826 BGB.²³⁾ Darauf sollte sich die Rechtsfolge jedoch nicht beschränken. Denn der D handelt gerade deshalb sittenwidrig, weil er sich in Kenntnis der für die rechtliche Bewertung relevanten Umstände an dem sittenwidrigen Verhalten des TH beteiligt. Es liegt also zwangsläufig ein beiderseitiger Sittenverstoß vor. Da beiderseitiger Sittenverstoß aber anerkanntermaßen nach § 138 BGB zur Nichtigkeit des Geschäfts führt,²⁴⁾ muß hier das treuwidrige Geschäft nichtig sein.²⁵⁾

Nur diese Rechtsfolge steht auch im Einklang mit der Behandlung ähnlicher Sachverhalte. So werden andere "Rechtsgeschäfte, mit denen die Parteien

21) so Palandt-Gramm, § 826 Anm.8 q.

22) Daß der Verfügende selbst sittenwidrig handelt, ist unstreitig. Vgl. etwa RGZ 56, 317 (321) und OLG Neustadt, MDR 1961, 938 Nr.66 (Abredewidrige Weitergabe eines Wechsels), OLG Hamburg, HRR 1935, Nr.784 (Weiterveräußerung eines nur zu treuen Händen übergebenen Patentrechts).

23) vgl. dazu oben S. 14 f.

24) h.M., vgl. etwa Palandt-Danckelmann, § 138 Anm.3 und Enneccerus-Nipperdey, § 191 II 1.

25) wie hier auch Rinck, S.114.

bewußt einen Treubruch der einen Partei gegenüber Dritten herbeiführen"²⁶⁾ allgemein für nichtig gehalten.²⁷⁾ Auch in vertretungsrechtlichen Mißbrauchsfällen hat der BGH Nichtigkeit angenommen. So heißt es in der Musikalienverlags-Entscheidung²⁸⁾ hinsichtlich der Möglichkeit, daß sich die Abtretung als unerlaubte Handlung gegenüber der Klägerin darstelle: "Die Rechtswirksamkeit der Abtretung würde hierdurch nur dann in Frage gestellt, wenn der Beklagten die Unerlaubtheit des Tuns der R bekannt gewesen wäre (§ 138)."²⁹⁾

Die Anwendung des § 138 bringt nun allerdings dem TG keine Vorteile, solange man mit der herrschenden Lehre die Nichtigkeit nur auf das Grundgeschäft erstreckt.³⁰⁾ Er selbst erlangt dadurch keine Ansprüche gegen D. Etwaige Kondiktionsansprüche des TH, die er sich allenfalls abtreten lassen könnte, scheitern an § 817 S.2 BGB.

Diese Ansicht sollte man jedoch jedenfalls hinsichtlich treuwidriger Rechtsgeschäfte eines TH aufgeben. Die bisherige Praxis ist nämlich in vergleichbaren Fällen erheblich elastischer verfahren. Sie hat die Sittenwidrigkeit jedenfalls dann auf das Verfügungsgeschäft erstreckt, wenn diese sich aus der Verletzung wirtschaftlicher Interessen Dritter herleitete.³¹⁾ In diesen Fällen ist eine Beschränkung der Sittenwidrigkeit auf das Grundgeschäft niemals ausdrücklich postuliert oder auch nur erörtert worden. Zwar haben mehrere Entscheidungen nur das Grundgeschäft für sittenwidrig erklärt bzw. wegen einer solchen Möglichkeit weitere Tatsachenfeststellungen verlangt.³²⁾ Bei ihnen ging es aber nur deshalb nicht auch um das Erfüllungsgeschäft, weil ein solches überhaupt noch nicht zustandegekommen war. Wo das Erfüllungsgeschäft dagegen schon vollzogen war, hat die Rechtsprechung auch dieses für sittenwidrig erklärt bzw. die Sittenwidrigkeit vorbehaltlich weiterer Tatsachenfeststellungen

26) Staudinger-Coing, § 138 Anm.18 q.

27) Kasuistik bei Staudinger-Coing, aaO und Palandt-Danckelmann, § 138 Anm.5 b bb.

28) vgl. oben S. 75 Anm. 278 und Text.

29) WM 1960, 611 (612).

30) vgl. dazu oben S.14 Anm. 45.

31) vgl. die Untersuchung von Mast, insbes. S.137.

32) RGZ 110, 271 (275); RG JW 1927, 1407 Nr.2 = SeuffA 81, Nr.84; RGZ 79, 279 (281).

für möglich gehalten.³³⁾ Dabei handelte es sich nicht um einen der Ausnahmefälle, in denen das Erfüllungsgeschäft auch nach herrschender Lehre sittenwidrig ist.³⁴⁾

Ausschlaggebend war für die Praxis also offenbar das befriedigende Ergebnis des Einzelfalles. Unter diesem Gesichtspunkt muß man aber in unserem Falle auch das Verfügungsgeschäft für nichtig halten. Denn die bloße Nichtigkeit des Grundgeschäfts wäre unbefriedigend, da § 817 Satz 2 für diesen Fall jegliche Ansprüche gegen D ausschließt. Die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts führt dagegen zu befriedigenden Ergebnissen. Der TH hat dann einen dinglichen Herausgabeanspruch, dem § 817 S.2 nach überwiegender Ansicht³⁵⁾ nicht entgegengesetzt werden kann. Der Anspruch greift zudem auch gegenüber Gläubigern des D und gegenüber bösgläubigen Erwerbern durch. Der TG kann sich diese Rechtslage zunutze machen, indem er vom TH die Rückübertragung des Treugutes durch Abtretung des Herausgabeanspruches verlangt, sobald ihn das Innenverhältnis hierzu berechtigt.³⁶⁾

2. Fahrlässige Unkenntnis des Treubruchs

a) Der Vorschlag Hohes

Nun kann Sittenwidrigkeit nur in den besonders krassen Fällen angenommen werden, in denen D die Umstände kannte, derentwegen das Verhalten des TH als sittenwidrig zu beurteilen ist. Man würde den schwerwiegenden Vorwurf sittenwidrigen Verhaltens über Gebühr strapazieren, wollte man ihn auch bei fahrlässig verschuldeter Unkenntnis erheben. Solche Fälle stellen in der Praxis aber wohl den Regelfall dar, zumal der TG im Prozeß eine positive Kenntnis des D häufig wird nicht beweisen können.

33) RGZ 88, 361 (365); KG HRR 1935, Nr.1373; OLG Kiel, SchlHAnz.1948, 102.

Auch die Musikalienverlags-Entscheidung des BGH spricht von Rechtswirksamkeit "der Abtretung" (vgl. oben bei Anm.29).

34) Zu diesen Ausnahmen vgl. Staudinger-Coing, § 138 Anm.22.

35) vgl. dazu neuestens BGH JZ 1964, 558 m. Nachw.

36) zur Kündbarkeit des Innenverhältnisses vgl. oben S. 23 f.

Die Suche nach einer Lösung dieser Fälle hat gelegentlich zu der Frage geführt, ob man die Mißbrauchslehre, die doch bei Vertretern und Verwaltern befriedigende Lösungen ermöglicht, nicht auch hier heranziehen könne. So hat Friedmann³⁷⁾ die Mißbrauchslehre für die von ihm empfohlene gesetzliche Regelung des Treuhandrechts verwenden wollen. Siebert³⁸⁾ hielt sie schon de lege lata für anwendbar, freilich ohne zu einer befriedigenden Lösung unseres Problems zu kommen, da er die Mißbrauchslehre generell nur gegenüber vorsätzlich handelnden Dritten anwenden wollte. Weitergehend haben Palandt-Hoche vorgeschlagen, die Mißbrauchslehre schon de lege lata auch im Treuhandrecht gegenüber fahrlässigen Dritten heranzuziehen.³⁹⁾ Diesen Vorschlag hat Kötz⁴⁰⁾ jüngst befürwortet.

Der Vorschlag Hoches setzt nun voraus, daß sich die Mißbrauchslehre auf Vorschriften bzw. Rechtsgedanken stützt, die auch für die treuhandrechtlichen Fälle gelten. Das läßt sich aber nicht ohne weiteres nachweisen, da die positivrechtlichen und dogmatischen Grundlagen der Mißbrauchslehre bis heute ungeklärt und umstritten sind. Es sei deshalb zunächst untersucht, wie Praxis und Lehre die Mißbrauchslehre begründet haben und welche Rechtsfolgen sie daraus abgeleitet haben.

b) Die Mißbrauchslehre in der Rechtsprechung

Die vorliegenden Entscheidungen sind danach zu gruppieren, ob es sich um erkannten oder um erkennbaren Mißbrauch handelt und ob der Vertrag bereits erfüllt worden ist oder nicht.

37) aaO, S.1016.

38) S.157 ff.

39) vor § 929 Anm.7 B a (erstmalig die 6. Aufl.).

40) aaO, S.141.

aa) Wenig Hilfe bieten uns diejenigen Fälle, in denen D den Mißbrauch kannte. Sie lassen sich ohne Schwierigkeiten über § 826 lösen. So hat die Rechtsprechung bei bereits erfüllten Verträgen dem Vertretenen bzw. Quasi-TG jeweils einen Schadensersatzanspruch gegen den D gewährt und diesen demgemäß zur Zahlung eines Geldbetrages,⁴¹⁾ zur Übertragung eines Anteils an einem Handelsgeschäft und Miteintragung im Handelsregister⁴²⁾ oder zur Rückauflassung eines Grundstücks⁴³⁾ verurteilt. Entsprechend hat sie bei noch nicht erfüllten Verträgen die Klage des D auf Erfüllung bzw. Schadensersatz mit Hilfe einer ebenfalls auf § 826 gestützten Arglistenrede abgewiesen. Auf diesem Wege sind indes Fälle fahrlässiger Unkenntnis nicht zu lösen, da sie auf seiten des D eben gerade keine Sittenwidrigkeit beinhalten.

bb) Wichtiger sind für uns die Fälle, in denen der Mißbrauch nur erkennbar und der Vertrag noch nicht erfüllt war. Bei ihnen geht es also um Klagen des D auf Erfüllung, Feststellung der Gültigkeit des Vertrages oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Hierher gehören die Hofverwalterin-Entscheidung des BGH,⁴⁴⁾ die Kündigungs-Entscheidung des BAG⁴⁵⁾ und die Feuerverbands-Entscheidung des RG;⁴⁶⁾ ferner die Klage eines D auf Feststellung der Gültigkeit eines Kino-Pachtvertrages;⁴⁷⁾ schließlich die weitere Beschwerde eines Generalbevollmächtigten gegen die Weigerung des Grundbuchamtes, einen mißbräuchlich bewerkstelligten Rechtsübergang einzutragen.⁴⁸⁾

Die Klage des D wurde in allen diesen Fällen abgewiesen, weil D den Mißbrauch der Vertretungsmacht habe erkennen können und sich folglich

41) BGHZ 12, 308 (Film-Fall, vgl. oben S.89Anm. 17 und Text). Ferner RG LeipzZ 1931, 1197 (D hatte sich eine Hypothek einräumen lassen und die Vertretene sodann durch die Zwangsvollstreckung in Vermögensverfall gebracht).

42) RG JW 1921, 1311.

43) RG v.10.11.1926 in SeuffA 81 (1927), Nr.49.

44) vgl. oben S.71Anm. 270 und Text.

45) vgl. oben S.75Anm. 279 und Text.

46) vgl. oben S.74Anm. 227 und Text.

47) RG v.20.2.1941 - V 98/40 - in DWohnA 1941, 471.

48) BayObLG 1954, 225.

die Einrede unzulässiger Rechtsausübung entgegenhalten lassen müsse. Das RG hat diese Einrede in der Feuerverbands-Entscheidung ausdrücklich von der Einrede unerlaubten Rechtserwerbes, die nur bei Vorsatz des D eingreife, unterschieden, sie aber gleichwohl auf § 826 gestützt.⁴⁹⁾ Dagegen hat man zu Recht vorgebracht, daß ein fahrlässig handelnder D gerade keine vorsätzliche, sittenwidrige Schädigung vornehme.⁵⁰⁾ Es ist deshalb sicher zutreffend, wenn der BGH jetzt im Hofverwalterin-Fall ausführt, Grundlage der Arglisteinrede sei hier nicht die Behauptung, D habe mit dem Vertreter beim Vertragsschluß in sittenwidriger Weise zusammengewirkt und so den Vertretenen vorsätzlich geschädigt. Die Einrede beruhe vielmehr auf der rechtlichen Wertung, daß D sich wegen seines eigenen schuldhaften Verhaltens, das weder vorsätzlich noch sittenwidrig zu sein brauche, nicht darauf berufen dürfe, daß der Vertreter Vertretungsmacht gehabt habe.⁵¹⁾ Ähnlich hat auch das BAG im Kündigungsfall angenommen, die Berufung des Klägers auf die Vereinbarung "sei eine gegen Treu und Glauben verstößende und daher (!) unzulässige Rechtsausübung."⁵²⁾

Weniger deutlich machen die genannten Entscheidungen, zu welcher Rechtsfolge die Erhebung der Einrede führen soll.⁵³⁾ In der Feuerverband-Entscheidung heißt es, das Rechtsgeschäft gewähre dem D keine Rechte.⁵⁴⁾ Damit ist indes, wie schon Pringsheim betont hat,⁵⁵⁾ wenig gesagt. Es bleibt unklar, ob D lediglich an der Geltendmachung eines bestehenden Anspruchs gehindert oder das Rechtsgeschäft unwirksam oder gar nichtig sein soll. Ähnlich unklar bleibt die Rechtsfolge, wenn der BGH jetzt im Hofverwalterin-Fall einerseits einen Verstoß gegen Treu und Glauben annimmt und deshalb die vertragliche Haftung der Beklagten verneint,⁵⁶⁾ andererseits aber die

49) RGZ 145, 312 (315); zur Unterscheidung dieser beiden Einreden, die auf die römisch-rechtliche *exceptio doli praeteriti* und *exceptio doli praesentis* zurückgehen, vgl. etwa Staudinger-Weber, § 242 Anm.D 5.

50) Siebert, JW 1935, 1014 und Rinck, S.114.

51) BGH JZ 1964, 420 = WM 1964, 505 (506).

52) BAG 12, 151 (155) = JZ 1962, 758.

53) vgl. dazu auch oben S. 56.

54) RGZ 145, 312 (314).

55) JW 1931, 2291.

56) siehe Anm. 51.

Wirksamkeit des gesamten Liefervertrages offenbar nicht in Frage stellen will. Sehr viel klarer haben andere Entscheidungen ausdrücklich von einer "Unwirksamkeit" des Geschäfts gesprochen.⁵⁷⁾

cc). Den engeren Anknüpfungspunkt für unser Problem bilden diejenigen Fälle, in denen der Vertrag bereits erfüllt war und auf die Klage des Vertretenen gegen den fahrlässigen D ein Anspruch auf Rückgabe bzw. Schadensersatz gewährt oder auf Unwirksamkeit des Geschäfts erkannt wurde.

Hierher gehören zunächst die oben gezeigten Testamentsvollstrecker-Fälle; Das RG gewährte dem Erben gegenüber dem fahrlässigen D bei pflichtwidriger Löschung einer Hypothek einen Anspruch auf Wiederherstellung der Hypothek bzw. Schadensersatz in gleicher Höhe,⁵⁸⁾ bei pflichtwidriger Verpfändung einer Eigentümergrundschuld einen Anspruch auf Löschung⁵⁹⁾ und bei pflichtwidriger Verpfändung einer Hypothek einen Ersatzanspruch.⁶⁰⁾ Eine andere Entscheidung des RG gewährt einem Vollmachtgeber einen Anspruch auf Freigabe von Wertpapieren, die sein Bevollmächtigter zur Sicherung eigener Schulden an die beklagte Bank verpfändet hatte.⁶¹⁾ Ganz ähnlich prüfte schließlich der BGH im Musikalienverlags-Fall⁶²⁾ einen Anspruch der Gesellschaft gegen die Bank auf Rückzahlung der auf Grund der Abtretung erhaltenen Beträge.

In vier anderen Fällen richtete sich die Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit des mit D geschlossenen Rechtsgeschäftes. So haben zwei schon gezeigte Testamentsvollstrecker-Entscheidungen eine Klage der Erben auf Feststellung der Unwirksamkeit eines Grundstücksverkaufes⁶³⁾ bzw.

57) BayObLG 1954, 225 (233, 235) und BAG 12, 151 (156). An anderer Stelle sprechen freilich auch diese Entscheidungen davon, daß D aus dem Rechtsgeschäft "keine Rechte herleiten" bzw. sich nicht darauf "berufen" könne. Undeutlich neuerdings auch wieder BGH WM 1964, 87 (88): Der Vertretene könne D gegenüber "das Geschäft als unwirksam behandeln".

58) RGZ 75, 299; vgl. oben S. 56 Anm. 221.

59) RGZ 83, 348; vgl. oben S. 57 bei Anm. 223.

60) RG Recht 1912, Nr. 889.

61) RG JW 1936, 643 = Recht 1936, Nr. 1609 = BankA 1935, 246.

62) BGH WM 1960, 611; vgl. oben S. 75 bei Anm. 278.

63) RGZ 130, 131; vgl. oben S. 59 bei Anm. 228.

auf Feststellung der Unwirksamkeit von Kaufvertrag und Auflassung sowie Einwilligung zur Grundbuchberichtigung⁶⁴⁾ für möglich gehalten. In einem anderen Falle beehrte die Klägerin die Feststellung, daß sie als Erbin des Erblassers Eigentümerin einer Grundstückshälfte sei. Der Beklagte hatte diese Grundstückshälfte mittels einer ihm vom Erblasser erteilten Auflassungsvollmacht an sich selbst aufgelassen. Das RG entschied, daß er "auf Grund der ihm erteilten Vollmacht nicht mehr rechtswirksam das Eigentum erwerben konnte", ⁶⁵⁾ falls er fahrlässig dem Willen oder den Interessen des Erblassers zuwider handelte. Schließlich ging es in einer weiteren Entscheidung⁶⁶⁾ um die Wirksamkeit einer vom Bevollmächtigten mißbräuchlich vorgenommenen Abtretung einer Eigentümergrundschild. Diese Eigentümergrundschild war zunächst vom Bevollmächtigten an die Beklagte und später vom Eigentümer selbst an die Klägerin abgetreten worden. Als es dann auf Betreiben der Beklagten zur Zwangsvollstreckung kam, erhob die Klägerin bis zur Höhe ihrer eigenen Forderung Widerspruch bzw. Klage gegen das auf die Beklagte entfallende Liquidat von 70.000 RM. Das RG gab dieser Klage statt, weil "die Beklagte aus der Abtretung der Grundschild an sie keine Rechte gegenüber (dem Grundstückseigentümer) und der Klägerin herleiten" könne, so daß "die Beklagte den streitigen Erlösanteil im vollen Umfange der Klägerin überlassen" müsse.⁶⁷⁾

Eine überzeugende Begründung für diese gegen D gerichteten Ansprüche findet sich in den Entscheidungen allerdings nicht. Nach anfänglichem Schwanken⁶⁸⁾ heißt es jetzt meistens, D müsse nach Treu und Glauben auf die Verfügungsbefugnis seines Kontrahenten achten. Bei begründeten Zweifeln müsse er sich über dessen Befugnisse vergewissern. Anderenfalls müsse er sich die Arglistrede entgegenhalten lassen, wenn er sich auf

64) OGHZ 3, 242; vgl. oben S. 60 bei Anm. 230.

65) RG v. 31.1.1920 in SeuffA 75 (1920), S. 217 (219).

66) RGZ 143, 196 (1934). - Der Sachverhalt kann hier nur vereinfacht wiedergegeben werden.

67) S. 201 bzw. 202.

68) Anders hatte noch RGZ 75, 299 die §§ 169-172 BGB analog heranziehen wollen (vgl. oben S. 56 f) ähnlich wieder RGZ 130, 131 (134).

die Vertretungsmacht berufe.⁶⁹⁾

Dazu ist zu sagen: Der Einwand unzulässiger Rechtsausübung kann zwar in den Fällen der vorstehenden Fallgruppe einem Anspruch des D entgegengesetzt werden. In den hier vorliegenden Fällen klagt aber nicht der D auf Erfüllung, sondern der Vertretene bzw. Quasi-TG auf Rückgabe des Empfangenen oder auf Wertersatz. Die hierfür erforderliche Anspruchsgrundlage kann sich nicht aus der Einrede unzulässiger Rechtsausübung ergeben.⁷⁰⁾ Einreden werden einem gegebenen Anspruch entgegengesetzt. Solange es überhaupt an einer Anspruchsgrundlage fehlt, braucht sich D nicht im Sinne dieser Entscheidungen auf die Vertretungsmacht "zu berufen". Alle Ausführungen dazu, ob einem solchen Vorbringen des D der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegengesetzt werden könne, sind folglich unergiebig und unlogisch.

Vereinzelte heißt es auch, der D sei "ersatzpflichtig".⁷¹⁾ Eine andere Entscheidung⁷²⁾ betont jedoch, daß es sich dabei um keinen Schadensersatzanspruch handeln könne, weil ein solcher sich nur auf die §§ 823 Abs.2 oder 826 BGB stützen könne und die Voraussetzungen dieser Bestimmungen bei lediglich erkennbarem Mißbrauch nicht erfüllt seien.

Wenig Aufschluß erhält man auch in dieser Fallgruppe über die genaue Rechtsfolge. Auch hier wird teilweise gesagt, D könne aus dem Rechtsgeschäft "keine Rechte herleiten"⁷³⁾ oder das Rechtsgeschäft sei für den Vertretenen "unverbindlich".⁷⁴⁾ Andere Entscheidungen haben das Rechtsgeschäft ausdrücklich für unwirksam erklärt,⁷⁵⁾ einen entsprechenden Fest-

69) so etwa RG JW 1936, 643; ähnlich RGZ 143, 196 (201); auch die Musikalienverlags-Entscheidung (BGH WM 1960, 612 (613): D sei dem Einwand unzulässiger Rechtsausübung ausgesetzt, wenn es mit Treu und Glauben nicht vereinbar erscheine, daß er sich auf die Vertretungsmacht berufe.

70) vgl. dazu Pringsheim in JW 1931, 2291 f.

71) RG Recht 1912, Nr.889.

72) RG SeuffA 90, (1936) S.130 = HRR 1936, Nr.191.

73) RGZ 83, 348 (351); RGZ 143, 196 (201).

74) RGZ 75, 299 (301); RG BankA 1936, 246 (247) = JW 1936, 643; RG SeuffA 75, (1920) S.217 (219).

75) RGZ 130, 131 (134).

stellungsantrag jedenfalls als schlüssig betrachtet⁷⁶⁾ oder zumindest der Sache nach auf Unwirksamkeit erkannt.⁷⁷⁾

dd) Zusammenfassend läßt sich über die Rechtsprechung zum erkennbaren Mißbrauch demnach sagen: Die Entscheidungen operieren ganz überwiegend mit der Einrede der unzulässigen Rechtsausübung, die auf § 242 gestützt wird. Obgleich unklar bleibt, wie es auf Grund dieser Einrede zu Ansprüchen gegen D kommen kann, sind mehrfach Ansprüche auf Rückgabe des Erlangten bzw. Wertersatz gewährt worden. Als Rechtsfolge wird, soweit sie überhaupt klar bestimmt wird, Unwirksamkeit des Geschäfts angenommen.

c) Die Mißbrauchslehre im Schrifttum

Stärker als die Praxis hat sich seit jeher das Schrifttum bemüht, die Mißbrauchslehre zu begründen und die Rechtsfolgen eines erkennbaren Mißbrauchs festzulegen.

aa) Der erste Versuch dieser Art stammt von Theodor Kipp⁷⁸⁾ und ist jüngst von Flume⁷⁹⁾ befürwortet worden. Kipp will die Rechtssätze über Vertretung ohne Vertretungsmacht heranziehen und annehmen, ein Rechtsgeschäft sei durch die Vertretungsmacht nicht gedeckt, wenn der Vertreter (im folgenden V) es in wissentlichem Mißbrauch seiner Vertretungsmacht vornehme und der D den Mißbrauch gekannt oder fahrlässig übersehen habe.⁸⁰⁾ Die Rechtsfolgen seien also nach §§ 177 ff BGB zu beurteilen.

76) OGHZ 3, 242 (243, 247).

77) RGZ 143, 196 (201); RG Seuff A 75, (1920) S.217 (219) (D "konnte nicht . . . rechtswirksam erwerben").

78) RG-Praxis II, S.273 ff.

79) Flume, S.789 f.

80) aaO S.287; ebenso Enneccerus-Nipperdey, § 183 I 5; Soergel-Siebert, § 177 Anm.9.

Für diese Ansicht spricht zwar, daß sie die von der Praxis angenommene Unwirksamkeit des Geschäfts auf einfache Weise zu erklären vermag. Gegen sie spricht aber, daß sie zu der seit Laband herrschenden Lehre von der abstrakten Natur der Vollmacht wohl nicht überzeugend Stellung nehmen kann. Sie muß nämlich entweder annehmen, ein erkennbar mißbräuchliches Handeln innerhalb der Vertretungsmacht sei dem Handeln ohne bzw. außerhalb der Vertretungsmacht gleichzustellen, oder sie muß die Selbständigkeit der Vollmacht für die Mißbrauchsfälle sogar bewußt aufgeben. Beides ist versucht worden.

Hammel hat den erstgenannten Weg beschritten und die Gleichstellung in Anlehnung an die anfängliche Argumentation des RG⁸¹⁾ aus den §§ 169, 173 BGB herzuleiten versucht.⁸²⁾ Nach diesen Bestimmungen müsse nämlich der D trotz des abstrakten Charakters der Vollmacht sich die internen Beziehungen des V zum Prinzipal (im folgenden P) entgegenhalten lassen, soweit sie ihm bekannt oder erkennbar waren. Dieser Gedanke sei analog auf jede Überschreitung des Innenverhältnisses anzuwenden. Eine solche Analogie überzeugt jedoch nicht, da beide Bestimmungen den D nur für besonders gelagerte Fälle zur Berücksichtigung des Innenverhältnisses und zu entsprechenden Nachforschungen verpflichten.⁸³⁾ So betrifft § 169 nur die Fälle, in denen eine Vollmacht gemäß §§ 674, 729, 168 BGB entgegen der allgemeinen Regel als fortbestehend gilt. Diese Fiktion soll den Vertreter davor schützen, daß er nach § 179 als falsus procurator in Anspruch genommen wird.⁸⁴⁾ Da eine solche Haftung gemäß § 179 Abs.3 bei Kenntnis bzw. fahrlässiger Unkenntnis des D ohnehin nicht in Betracht kommt, braucht das Fortbestehen der Vollmacht insoweit nicht fingiert zu werden. Dem trägt § 169 Rechnung. Die Vorschrift will also nur die Fiktion des § 168 einschränken, soweit sie nicht im Interesse des Vertreters erforderlich ist. Sie will dagegen nicht grundsätzliche Nachforschungspflichten des D hinsichtlich des Innenverhältnisses postulieren. Ebenso verbietet sich die Analogie zu § 173. Wenn nämlich die §§ 170-172 eine Vollmacht zugunsten des D bestehen lassen, sofern der P durch einen

81) vgl. oben Anm. 68.

82) aaO S.2876.

83) so auch Frieling, S.13 ff.

84) Oertmann, § 169 Anm.3; Planck-Flad, § 169.

äußeren Kundgebungsakt einen dahingehenden Rechtsschein geschaffen hat, so kann diese Rechtsscheinwirkung selbstverständlich nur einem gutgläubigen D zugutekommen. Nur diese aus dem Wesen des Rechtsscheins folgende Einschränkung findet ihren Niederschlag in § 173, nicht aber eine für das gesamte Vertretungsrecht geltende Pflicht des D zur Überprüfung des Innenverhältnisses.

Flume hat jüngst den anderen Weg gewählt. Er verneint also die Selbständigkeit der Vollmacht, wo ein Vollmachtsmißbrauch dem D bekannt oder für ihn evident ist⁸⁵⁾. In der Tat fehlt in diesen Fällen jedes Bedürfnis für eine über das Innenverhältnis hinausgehende Legitimationswirkung der Vollmacht. Fraglich muß aber bleiben, ob der Umfang der Vollmacht von subjektiven Umständen in der Person des D abhängig gemacht werden kann. Das hieße doch, daß von zwei völlig gleichartigen Geschäften eines V mit verschiedenen Geschäftspartnern das eine mit und das andere ohne Vollmacht abgeschlossen sein kann.

bb) Noch weitergehend hat Siebert auf die Selbständigkeit der Vollmacht verzichten wollen. Er hat sich in einer späteren Abhandlung dafür eingesetzt, den Umfang der Vertretungsmacht ganz allgemein durch "die Pflichtstellung des Vertreters" zu begrenzen, also die Selbständigkeit der Vollmacht jedenfalls hinsichtlich des Vollmachtsumfanges aufzugeben.⁸⁶⁾ Er sieht also in je-

85) Flume, S. 789.

86) ZStaatsW 95, (1935) S. 629 ff, inbes. S. 642 ff, 644. - Diese Abhandlung zeigt frühe Einflüsse nationalsozialistischer Ideologie auch auf das zivilistische Rechtsdenken. Während Siebert in seiner eingehenden Habilitationsschrift von 1933 den störenden Zwiespalt zwischen "Können" und "Dürfen" bei dem Treuhandverhältnis nicht hatte beseitigen können, begründet er seine neue Ansicht jetzt u.a. wie folgt: "Allein diese Auffassung, die also zu einer Einheit von Recht und Pflicht und zu einer aus der Gliedstellung des Volksgenossen, aus seiner Aufgabe und seiner Leistung abgeleiteten konkreten Gestaltung jeder Berechtigung führt, scheint mir dem deutschen Gemeinschaftsdenken zu entsprechen." (S. 629, 630).

der Pflichtwidrigkeit eine nach §§ 177 f zu beurteilende Überschreitung der Vertretungsmacht.

Auch damit ist die Mißbrauchslehre aber nicht überzeugend erklärt. Dabei mag dahinstehen, ob man die abstrakte Natur der Vollmacht gewissen Einschränkungen unterwerfen kann. Jedenfalls kann Sieberts Gedanke nämlich den erforderlichen Gutgläubensschutz des D nicht erklären. Siebert folgert nämlich aus der "Doppelseitigkeit der Vertretungsmacht",⁸⁷⁾ daß Mißbrauch im Sinne einer Überschreitung nur vorliege, wenn die Pflichtwidrigkeit dem D erkennbar sei. Die Vertretungsmacht sei also zwar kausal begrenzt, diese Begrenzung wirke aber unter bestimmten Bedingungen nicht gegen solche Dritte, denen die Pflichtwidrigkeit nicht erkennbar gewesen sei.⁸⁸⁾ Diese Einschränkung ist wohl zu Recht als inkonsequent und kaum haltbar empfunden worden⁸⁹⁾. Denn nach der Lehre vom Rechtsmißbrauch läßt sich eine Rechtsstellung nur durch die "Pflichtstellung" des Rechtsinhabers, nicht aber durch das Verhalten Dritter begrenzen. Eine Differenzierung zwischen gut- und bösgläubigen Dritten läßt sich also auf diesem Wege nicht finden. Da man aber den gutgläubigen D nicht der Gefahr einer sich aus interner Pflichtwidrigkeit ergebenden Unwirksamkeit aussetzen kann, ist dieser Weg also schwerlich gangbar.

cc) Im Gegensatz zu Siebert hat Stoll "die Wirkungen der Vollmacht nicht aus der Pflichtstellung des Vertreters, sondern aus der des Dritten, aus seiner Verantwortung (Schutzpflicht) gegenüber dem Vertragspartner . . . begrenzen" wollen.⁹⁰⁾ Er hat die Mißbrauchslehre also auf die Lehre von der culpa in contrahendo gestützt.⁹¹⁾ Der Eintritt in die Vertragsverhandlungen verpflichte den D, sich nicht mit einem V einzulassen, der seine Treupflicht gegenüber dem P verletze.⁹²⁾ Das führe auch zu befriedigenderen Ergebnissen als die Anwendung der §§ 177 f. Denn einerseits stehe der P so nicht vor der starren Alternative, die Genehmigung des Geschäfts erteilen oder verweigern zu müssen. Er könne vielmehr ent-

87) aaO, S.643.

88) aaO, S.645.

89) vgl. Stoll, S.123 f; ferner Frieling, S.19.

90) aaO, S.132.

91) so schon vorher andeutungsweise Lehmann, JW 1934, 684.

Dagegen neuestens Flume S.790 f.

92) aaO, S.133; ebenso Hueck, OHG, § 20 III 2 (S.215).

weder das Geschäft rückgängig machen oder es unter den Bedingungen abwickeln, unter denen es ohne die Pflichtverletzung des V abgeschlossen worden wäre. Zugleich werde man auch den Interessen des D besser gerecht. D könne sich nämlich im Falle der Rückabwicklung des Geschäfts an den V halten, wenn dieser vorsätzlich, er selbst aber nur fahrlässig gehandelt habe (§ 254), während die Lösung Kipps ihm diesen Anspruch gem. § 179 Abs.3 versage.

Auch dieser Vorschlag Stolls überzeugt wohl nicht ganz. Man kann sich zwar damit abfinden, daß er nur zu regelmäßig auf Rückabwicklung gerichteten Schadensersatzansprüchen führen kann und nicht zu der von der Praxis häufig angenommenen Unwirksamkeit des Geschäfts. Bedenken ergeben sich aber daraus, daß die culpa in contrahendo regelmäßig nur zu Schutzpflichten gegenüber dem künftigen Vertragspartner führt. Ein Vertrag mag auch zugunsten eines Dritten Schutzwirkungen entfalten, deren Verletzung diesen zum Schadensersatz berechtigt.⁹³⁾ Der bloße Eintritt in Vertragsverhandlungen begründet jedoch regelmäßig⁹⁴⁾ keine Schutzpflichten gegenüber Dritten. Insbesondere ist grundsätzlich niemand verpflichtet, während der Vertragsverhandlungen auf die vermögensrechtlichen Interessen Dritter Rücksicht zu nehmen. Anderenfalls würde auf diesem Umwege der Grundsatz aufgegeben, daß obligatorische Ansprüche und vermögenswerte Interessen deliktsrechtlich ungeschützt bleiben.

In unserem Zusammenhang kann infolgedessen zwar in den vertretungsrechtlichen Mißbrauchsfällen eine Schutzpflicht gegenüber dem Vertretenen angenommen werden, da dieser in unmittelbaren Vertragsbeziehungen zu D steht. Bei den gesetzlichen Verwaltern wird man aber kaum überzeugend sagen können, daß D mit dem Erben, Gemeinschaftsdarlehner oder sonstigen Quasi-TG in unmittelbaren Rechtsbeziehungen stehe.⁹⁵⁾

Vom Bestehen unmittelbarer Vertragsbeziehungen kann die Anwendbarkeit der Mißbrauchstheorie aber nicht abhängen. Die gegen D gerichteten Ansprüche müssen sich also wohl aus einem anderen Gesichtspunkt als dem der

93) vgl. dazu insbesondere Larenz I, § 11 III; zustimmend BGH NJW 1959, 1676 Nr.3; auch Staudinger-Weber, § 242, Anm.A 813.

94) Ausnahmen mögen gelten, wo es um den Schutz der körperlichen Unversehrtheit von Begleitpersonen geht; vgl. dazu v.Caemmerer, Wandlungen, Anm.40.

95) Zur Vertreter- bzw. Amtstheorie vgl. oben S.50 Anm.195.

vorvertraglichen Schutzpflichten ergeben. Das sei im folgenden gezeigt.

d) Die Grundlage des Anspruches gegen D

Wir haben bisher gesehen, daß Praxis und Lehre sich zwar über die Notwendigkeit eines Anspruches gegen D einig sind, diesen Anspruch aber nach Entstehung, Art und Umfang bisher überhaupt nicht oder jedenfalls nicht überzeugend gekennzeichnet haben. Dieser ungewöhnliche Umstand mag darauf zurückzuführen sein, daß hier jedenfalls das Ergebnis von einem zwingenden rechtsethischen Grundgedanken bestimmt wird: Ein Rechtsgeschäft, das jemand unter Mißbrauch seiner irgendwie begründeten Verfügungsmacht über wirtschaftlich fremdes Vermögen tätigt, soll dem D nicht auf Kosten des materiell Interessierten zugutekommen, wenn D den Mißbrauch erkennen konnte. Die Frage ist also nur, wie von diesem Grundgedanken aus ein Anspruch gegen D begründet werden kann.

Dabei kann im Gegensatz zu einigen oben gezeigten Entscheidungen nicht von einer Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts ausgegangen werden. Denn Unwirksamkeit käme nur dann in Betracht, wenn der Vertreter bzw. Quasi-TH ohne Vertretungsmacht gehandelt hätte. Das aber läßt sich, wie bereits im Zusammenhang mit den Vorschlägen Kipps und Sieberts dargestellt, wohl nicht überzeugend begründen. Sowohl das Verfügungsgeschäft wie auch das Kausalgeschäft sind also wirksam. Infolgedessen kann es sich bei den gegen D gerichteten Ansprüchen nicht um dingliche Herausgabeansprüche oder Kondiktionsansprüche handeln.

Ebenso unbrauchbar ist der Weg über die Einrede unzulässiger Rechtsausübung. Diese Einrede kann nur einem Anspruch des D entgegengesetzt werden, nicht aber als Grundlage für einen Anspruch gegen D dienen.

Es kommt somit allenfalls ein obligatorischer Anspruch in Betracht. Dabei kann es sich freilich erstens nicht um einen deliktischen Schadensersatz-

anspruch handeln. Denn einerseits sind die §§ 826, 823 Abs.2 nur bei erkanntem Mißbrauch anwendbar. Andererseits entfällt auch § 823 Abs.1, weil D das Eigentum des Vertretenen bzw. Quasi-TG nicht widerrechtlich verletzt. Zweitens kann es sich um keinen Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo handeln, weil dieser nur einem Vertretenen, nicht aber einem Quasi-TG zugute käme.

Ein obligatorischer Anspruch läßt sich aus dem genannten Grundgedanken also nur über § 242 ableiten. Wenn nämlich nach allgemeinem rechtsethischen Empfinden dem D kein Rechtsgeschäft zugutekommen soll, das unter erkennbarem Mißbrauch einer irgendwie begründeten Verfügungsmacht über fremdes Vermögen zustande gekommen ist, so läßt sich das nur über § 242 in die rechtliche Ebene transformieren. Das Verhalten des D muß also als ein Verstoß gegen Treu und Glauben oder - insoweit kann man Stoll folgen - als Verletzung einer aus § 242 folgenden Schutzpflicht bewertet werden. Im Gegensatz zu den von der Rechtsprechung gebrauchten Formulierungen wird man den Verstoß gegen Treu und Glauben allerdings nicht erst darin erblicken können, daß D seine Rechte mittels Klage "geltend macht". Es gibt keinen inneren Grund, den Verstoß gegen Treu und Glauben dann zu verneinen, wenn D sofort die Erfüllung des Vertrages herbeiführt und somit sein Recht anschließend nicht mehr besonders "geltend zu machen" braucht. Der Verstoß gegen Treu und Glauben muß also bereits darin liegen, daß D sich überhaupt auf das Geschäft einläßt, ohne zuvor zumutbare Schritte zur Aufklärung des Innenverhältnisses unternommen zu haben.

Im Gegensatz zu Stoll wird man diese Schutzpflicht nicht auf die culpa in contrahendo stützen können, da sie sich dann nur gegen Vertragspartner des D richten würde. Die Schutzpflicht entspringt nicht dem Postulat vorvertraglicher Rücksichtnahme auf Interessen des künftigen Vertragspartners, sondern dem genannten Grundgedanken, daß erkennbarer Mißbrauch der Verfügungsmacht über fremdes Vermögen dem D nicht zugutekommen soll. Sie besteht folglich auch nicht gegenüber dem künftigen Vertragspartner, sondern gegenüber demjenigen, dessen Interessen zu schützen sie bestimmt ist. Das ist der Vertretene, Erbe, Gemeinschuldner etc. Damit werden noch nicht zugunsten irgendwelcher Dritter Schutzpflichten angenommen, die den Kreis der deliktsrechtlich geschützten Rechtsgüter sprengen. Denn der Erbe, Gemeinschuldner etc. ist kein beliebiger Dritter, der Schutz seiner ob-

ligatorischen Rechte oder Vermögensinteressen begehrt, sondern der Eigentümer bzw. Gläubiger des veruntreuten Gegenstandes. Er allein ist materiell an dem Gegenstand interessiert und im Falle pflichtwidriger Verfügungen geschädigt.

Ebenfalls abweichend von dem Vorschlag Stolls wird man die Rechtsfolge festlegen müssen, die sich aus einer Verletzung der Schutzpflicht ergibt. Stoll hat hier von Schadensersatz gesprochen und gemeint, D müsse den Vertretenen "so stellen, wie wenn er seiner Pflicht genügt hätte".⁹⁷⁾ Eine Haftung auf das gesamte positive Interesse einschließlich entgangenen Gewinns führt aber im Ergebnis zu weit. D wäre dann beispielsweise auch dafür ersatzpflichtig, daß der Vertreter bzw. Verwalter den Gegenstand infolge seiner pflichtwidrigen Verfügung später nicht zu einem ganz ungewöhnlichen Liebhaberpreis veräußern kann. Eine so weitgehende Haftung des nur fahrlässig handelnden D wäre ungerechtfertigt. Der Schadensersatzanspruch müßte also auf die Rückgabe des Empfangenen und der Nutzungen bzw. auf Wertersatz beschränkt werden. Er müßte ferner dazu führen, daß auch die Gegenleistung des D zurückgewährt wird, da nicht einzusehen ist, weshalb sie dem Vertretenen nach Rückerhalt der eigenen Leistung verbleiben sollte. Der "Schadensersatzanspruch" geht also im Grunde nur dahin, die Rückabwicklung des Geschäfts verlangen zu können. Dafür bedarf es nicht des Umweges über einen atypisch begrenzten Schadensersatzanspruch. Näher liegt vielmehr die entsprechende Anwendung der Rücktrittsvorschriften.⁹⁸⁾ Auch in anderer Hinsicht hat man ein Rücktrittsrecht schon unmittelbar aus § 242 hergeleitet.⁹⁹⁾ Man sollte also annehmen, daß der Verstoß des D gegen Treu und Glauben den Vertretenen berechtigt, die Rückabwicklung des Geschäfts unter entsprechender Anwendung der §§ 346 ff BGB zu fordern. Ansprüche auf Wiederherstellung einer Hypothek, Löschung einer Grundschuld, Rückgabe verpfändeter Wertpapiere oder Rückzahlung empfangener Geldbeträge, wie sie im Ergebnis von der Rechtsprechung gewährt worden sind, lassen sich dann ohne weiteres auf § 346 BGB stützen.¹⁰⁰⁾

97) aaO S.138.

98) Die entsprechende Anwendung der §§ 812 ff BGB entfällt, weil D nur auf die verbliebene Bereicherung haften würde.

99) vgl. Staudinger-Weber, § 242 Anm.E 398 ff zum Fortfall der Geschäftsgrundlage, Anm.E 21 ff zur *clausula rebus sic stantibus*, Anm.A 724 zur außerordentlichen Kündigung von Dauerrechtsverhältnissen.

100) Näher zu den durch Anwendung der §§ 346 ff gewonnenen Ergebnissen unten S.110 f.

e) Die Übertragbarkeit der Mißbrauchslehre

Kommen wir nunmehr auf Hohes Vorschlag zurück, die Mißbrauchslehre auch auf Treuhandfälle anzuwenden, so läßt sich feststellen, daß ihr Grundgedanke die Treuhandfälle in gleicher Weise trifft wie die bisher entschiedenen Fälle. Der TH ist zwar im Gegensatz zum Vertreter und Verwalter Eigentümer des veruntreuten Gegenstandes. Für die sittliche Bewertung des Verhaltens des D ist es aber belanglos, ob die mißbrauchte Verfügungsgewalt auf der Rechtsstellung eines Vertreters, gesetzlichen Verwalters oder fiduziarischen TH beruht,¹⁰¹⁾ und ob sie für fremdnützige Zwecke oder zur Sicherungszwecken begründet worden ist. Entscheidend ist, daß das Treugut dem TH wirtschaftlich entweder überhaupt nicht oder jedenfalls nur als pfandartige Sicherheit zugeordnet ist, somit also auch ein TH über wirtschaftlich fremdes Vermögen verfügt und durch pflichtwidrige Verfügungen den eigentlichen Vermögens-träger schädigt, ohne daß diese Schädigung im Falle einer Fahrlässigkeit des D durch schutzwürdige Interessen des D geboten ist. Auch hier ist deshalb die Beteiligung des D an einem erkennbar mißbräuchlichen Rechtsgeschäft sittlich zu mißbilligen und als Verstoß gegen Treu und Glauben zu werten. Das Schutzbedürfnis des D mag zwar in den Treuhandfällen insofern größer sein, als dort häufig nicht oder zumindest schwerer erkennbar ist, daß der unmittelbar Handelnde über wirtschaftlich fremdes Vermögen verfügt. Das ist aber eine zweite Frage, der jeweils bei der Feststellung der Fahrlässigkeit Rechnung getragen werden kann.¹⁰²⁾ Man sollte also Hohes Vorschlag folgen und auch im Treuhandrecht mit Hilfe der Mißbrauchslehre Ansprüche gegen einen fahrlässigen D auf Rückgabe bzw. Wertersatz zulassen.

101) Ähnlich neuerdings Kötz, S.141 f. - Der gleiche Gedanke liegt offenbar auch der neuen Entscheidung BGH WM 1964, 87 (88) zugrunde. Dort hatte A nach dem Innenverhältnis zu B pflichtwidrig über ein Konto verfügt: Der BGH ließ bewußt offen, ob A oder B Inhaber dieses Kontos gewesen sei, und prüfte gleichwohl den Gesichtspunkt "des Mißbrauchs der Vertretungsmacht oder der Verfügungsbefugnis(!)".

102) dazu s. unten S.142 ff.

Hinsichtlich der genauen Begründung dieser Ansprüche gilt das Gleiche wie allgemein für die Mißbrauchslehre: Auch im Treuhandrecht können weder Grundgeschäft noch Verfügungsgeschäft unwirksam sein. Weshalb nämlich der unbeschränkt Verfügungsberechtigte Eigentümer dann ohne Verfügungsmacht handeln sollte, wenn die Treuwidrigkeit seiner Verfügung dem D erkennbar ist, wäre nicht einzusehen. Auch hier kann weiter die Einrede unzulässiger Rechtsausübung nicht herangezogen werden, weil sich aus ihr keine Anspruchsgrundlage ergibt. Schließlich muß auch hier die culpa in contrahendo abgelehnt werden, weil im Treuhandrecht noch weniger als bei den gesetzlichen Verwaltern unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen D und dem TG angenommen werden können und folglich Schutzpflichten nur gegenüber dem TH bestehen. Man könnte zwar meinen, daraus müsse sich mit Hilfe der Drittschadensliquidation auch ein Schutz des TG herleiten lassen. Wenn nämlich anerkanntermaßen der Kommissionär den Schaden des Kommittenten liquidieren könne, so müsse auch der TH den Schaden des TG liquidieren können. Der TG müsse dann Abtretung dieses Schadensersatzanspruches verlangen können. Auch dieser ohnehin reichlich konstruierte Umweg muß aber ausscheiden. Denn eine Drittschadensliquidation läßt sich nur dort anerkennen, wo die Verletzung einer dem X gegenüber bestehenden Verpflichtung infolge einer besonderen, gesetzlich oder vertraglich bedingten Schadensverlagerung den Y schädigt. In unserem Falle müßte also D eine dem TH gegenüber bestehende Pflicht verletzt haben. Man kann aber nicht sagen, D sei dem TH gegenüber verpflichtet, sich an keinem für den TG schädlichen Geschäft zu beteiligen. Niemand kann von seinem Vertragspartner verlangen, daß dieser ihn von bewußt treuwidrigem Verhalten gegenüber Dritten abhält.

Auch im Treuhandrecht ist D aber dem TG gegenüber nach Treu und Glauben verpflichtet, sich nicht an Rechtsgeschäften zu beteiligen, durch die ein TH seine Verfügungsmacht erkennbar mißbraucht. Dabei kann auch hier angenommen werden, daß sich diese Schutzpflicht gegen einen Vertragsfremden richtet. Der TG ist zwar im Gegensatz zum Vertretenen, Erben, Gemeinschaftsdner etc. nicht Eigentümer des Vertragsgegenstandes. Er ist aber ebenso wie diese der eigentliche Vermögensträger und der durch treuwidrige Verfügungen Geschädigte. Seine Rechtsstellung darf deshalb anderen obligatorischen Rechtspositionen nicht schematisch gleichgestellt werden. Auch hier ist vielmehr die Sonderstellung des Treugutes und das erhöhte Schutzbedürfnis des TG im Vergleich zu anderen obligatorisch Berechtigten entscheidend.

Es ist deshalb durchaus möglich und sogar konsequent, eine Schutzpflicht des D gegenüber obligatorisch Berechtigten grundsätzlich abzulehnen, weil dies den deliktischen Schutz von Forderungsrechten bedeuten würde, und sie zugleich dort anzuerkennen, wo es sich um die obligatorischen Rechte eines TG gegen den TH handelt.

Als Rechtsfolge einer Verletzung der Schutzpflicht sollte man auch hier keinen Schadensersatzanspruch, sondern ein Rücktrittsrecht des TG annehmen. Die Anwendung der §§ 346 ff BGB führt weitgehend zu befriedigenden, dem amerikanischen Recht entsprechenden Ergebnissen. So kann der TG nach § 346 von D die Rückübereignung des veruntreuten Gegenstandes an den TH oder - soweit er das Innenverhältnis wegen der Treuwidrigkeit kündigen kann - unmittelbar an sich selbst¹⁰³⁾ verlangen. Ist die Herausgabe ohne Verschulden des D unmöglich geworden, so kann er statt dessen Wertersatz fordern.¹⁰⁴⁾ Hat D den Gegenstand veräußert, so kann der TG gemäß § 281 BGB Rückgabe der erhaltenen Gegenleistung verlangen, auch wenn diese den Wert des Gegenstandes übersteigt.¹⁰⁵⁾ Hat D Nutzungen gezogen, so muß er diese ebenfalls herausgeben (§§ 347, 987).¹⁰⁶⁾ Hat er Aufwendungen gemacht, so kann er im Rahmen einer Geschäftsführung ohne Auftrag Verwendungsersatz verlangen (§§ 347, 994 Abs.2), wobei die Ergebnisse im einzelnen freilich vom amerikanischen Recht abweichen werden.¹⁰⁷⁾ Auch hinsichtlich der Gegenansprüche des

103) vgl. oben S.23 f.

104) h.M.; vgl. etwa Palandt-Danckelmann, § 346 Anm.2. Zum amerikanischen Recht Scott, § 291.2. Dort kann wahlweise auf Rückgabe oder Wertersatz geklagt werden, wenn D vorsätzlich handelte.

105) zum gleichen Ergebnis im amerikanischen Recht vgl. Scott, § 291.3.

106) zum gleichen Ergebnis im amerikanischen Recht vgl. Scott, § 291.1 bei Anm.2.

107) Dort unterscheidet man, ob D vorsätzlich oder fahrlässig handelte. Ersterenfalls erhält er als "officious intermeddler" nur die öffentlichen Abgaben ersetzt. Letzterenfalls kann er alle Aufwendungen ersetzt verlangen, soweit sie dem trust property und nicht dem Trustee persönlich zugeflossen sind. Vgl. Scott, § 291.6.

D kommt es so zu einer befriedigenden Regelung: Er kann seine eigene Leistung nach dem allgemein aus § 327 Satz 2 BGB entnommenen Gedanken¹⁰⁸⁾ nur nach Bereicherungsrecht, also nur in Höhe der dem Treugut verbliebenen Bereicherung zurückverlangen. Eine dem TH persönlich verbliebene Bereicherung bleibt also außer Betracht.¹⁰⁹⁾ Abweichend von §§ 346 ff wird man nur zu entscheiden haben, wenn D den Gegenstand infolge eigenen Verschuldens nicht oder nur verschlechtert herausgeben kann. Hier würde er nämlich nicht nur auf Wertersatz, sondern auf vollen Schadensersatz haften (§§ 347, 989). Das wäre bei bloß fahrlässiger Unkenntnis ungerechtfertigt. Wohl zu Recht sieht auch das amerikanische Recht für diesen Fall keinen Schadensersatzanspruch vor. Man sollte deshalb auch dann nicht über den ohnehin gegebenen Anspruch auf Wertersatz hinausgehen, wenn der Untergang bzw. die Verschlechterung von D verschuldet sind.

Ein wesentlicher Unterschied zum amerikanischen Recht und zu der oben für Fälle positiver Kenntnis vorgeschlagenen Lösung besteht allerdings darin, daß das Rücktrittsrecht keine dinglichen Wirkungen entfaltet und somit weder gegenüber den Gläubigern noch gegenüber späteren bösgläubigen Erwerbern Schutz bietet.

Dieses Ergebnis erscheint aber tragbar und ist wohl unvermeidlich, solange weder Unwirksamkeit der Verfügung noch ein dingliches Recht des TG in Betracht kommen.

3. Unbewußt pflichtwidrige Verfügungen

Wir sind bisher von dem Regelfall ausgegangen, daß die pflichtwidrige Verfügung dem TG Nachteile bringt und der TH sich der Pflichtwidrigkeit und der nachteiligen Folgen bewußt ist. Es bleibt zu erörtern, wie pflicht-

108) h.M.; vgl. etwa Palandt-Danckelmann, § 327 Anm. 2; a.A.: Boehmer, JZ 1952, 588.

109) vgl. dazu Scott, § 291.5; D kann seine Leistung nur insoweit zurückverlangen, als sie dem trust property und nicht dem Trustee persönlich zugeflossen ist.

widrige Verfügungen zu behandeln sind, wenn diese Voraussetzungen fehlen.

Zunächst einmal braucht nämlich eine pflichtwidrige Verfügung nicht zwangsläufig für den TG nachteilig zu sein.¹¹⁰⁾ Verfügt etwa ein Verwaltungstreuhänder ohne eine nach dem Treuhandvertrag erforderliche Zustimmung des TG bzw. eines Dritten, so kann diese Verfügung für den TG durchaus von Vorteil sein. Derartige Fälle scheiden aus unseren Überlegungen aus. Denn Mißbrauch liegt erst vor, wenn die Befugnisüberschreitung des TH den TG schädigt.¹¹¹⁾ Das bloße Schutzbedürfnis des TG gegen Pflichtverletzungen als solche kann den D nicht berühren. Die Rechtsstellung des D wird also nicht schon durch die bloße Kenntnis bzw. fahrlässige Unkenntnis einer Befugnisüberschreitung beeinträchtigt.

Schwieriger liegen die Fälle, in denen zwar eine Pflichtverletzung und Schädigung vorliegen, der TH sich dessen aber nicht bewußt war. Beispielsweise mag ein Sicherungseigentümer die gesicherte Schuld irrig für fällig halten oder bei der Verwertung des Sicherungsgutes günstigere Verwertungsmöglichkeiten übersehen. Ferner mag ein Verwaltungs-TH, der das Treugut nach eigenem Ermessen möglichst günstig versilbern, anlegen oder auswerten soll, ein bestimmtes Geschäft für günstig halten, während in Wirklichkeit noch günstigere Abschlußmöglichkeiten bestehen. Ebenso mag der fiduziarische Eigentümer eines Stiftungsvermögens den Stiftungszweck verkennen und deshalb unbewußt pflichtwidrig verfügen.¹¹²⁾

110) dazu im Zusammenhang mit der Mißbrauchslehre Stoll, S.134 f, 137 und Frieling, S.71 ff.

111) Ebenso BAG 12, 151 (155 f) = JZ 1962, 758 (Kündigungsfall) mit zust. Anm. von Isele.

112) vgl. dazu Shattuck v. Wood Memorial Home, 319 Mass 444, 66 NE 2d 568 (1946) (Zwei Trustees sollten das Vermögen für bestimmte gemeinnützige Zwecke verwenden. Hierfür gründeten sie eine Gesellschaft, in der ihnen nur 2/7 des Stimmrechts zustanden). Ferner King et al. v. Richardson et al., 136 F 2d 849 (C.C.A. 4th, 1943): Der Trustee sollte das Vermögen für die missionarische und karitative Arbeit der Kirche verwenden. Er benutzte es zum Bau eines neuen Kirchengebäudes.

In derartigen Fällen fragt sich, ob die Bösgläubigkeit des D zu den gleichen Rechtsfolgen führt wie bei bewußt pflichtwidrigen Verfügungen. Dabei ist wohl zweierlei unzweifelhaft: Erstens kann das Geschäft nicht auf Grund § 138 BGB nichtig sein, wenn die subjektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit hier auf seiten des TH gerade fehlen. Zweitens kann jedoch unter besonders krassen Umständen das Verhalten des D als sittenwidrig zu bewerten und demgemäß ein Schadensersatzanspruch aus § 826 anzunehmen sein. Hierher gehören insbesondere alle gezielten Bemühungen des D, die Pflichtwidrigkeit dem TH gerade nicht bewußt werden zu lassen. Beispielsweise: D weiß, daß der TH das Grundstück möglichst günstig verkaufen soll, und macht bewußt falsche Angaben über die auf benachbarten Grundstücken erzielten Vergleichspreise. Im übrigen ist die Behandlung solcher Fälle im Rahmen der Mißbrauchslehre umstritten. Ein Teil des Schrifttums vertritt die Ansicht, die Lehre sei nur auf Fälle anwendbar, in denen sich der Vertreter der Pflichtwidrigkeit und nachteiligen Folgen bewußt gewesen sei.¹¹³⁾ Anderer Ansicht nach sind die Fälle unbewußter Pflichtwidrigkeit in die Mißbrauchslehre einzubeziehen.¹¹⁴⁾ Auch die Rechtsprechung ist in diesem Punkte nicht eindeutig. Soweit ein bewußt pflichtwidriges Handeln des V vorlag, hat sie den Anwendungsbe-
reich der Mißbrauchslehre stets so formuliert, daß ein unbewußt pflichtwidriges Handeln nicht darunter fiel.¹¹⁵⁾ Andere Entscheidungen haben dagegen mit der Mißbrauchslehre operiert, ohne eine bewußte Pflichtwidrigkeit des V vorauszusetzen¹¹⁶⁾ oder festgestellt zu haben.¹¹⁷⁾

113) So inbes. Hueck, OHG, § 20 III 2 (S.214) und Frieling, S.77 ff; ferner auch Kipp, S.285; Enneccerus-Nipperdey, § 183 I 5; Lehmann, Allg. Teil, § 36 VI 4; Lehmann, JW 1934, 684; Schlegelberger-Geßler, § 126 Anm.22; Baumbach-Duden, § 126 Anm.5 A; Lent, KTS 1956, 163; Isele, JZ 1962, 759.

114) Siebert, Mißbrauch, S.650, 652; Siebert-Schultze-v.Lasaulx, § 177 Anm.9; Hammel, S.2876; wohl auch Staudinger-Coing, § 167 Anm. 17a und Kuhn in BGB-RGRK, § 166 Anm.27; ferner Schilling in Hachenburg, GmbHG, § 37 Anm.12; neuestens auch Flume, S.791.

115) RGZ 58, 356 f; 71, 211 (222); RG JW 1935, 1084 Nr.7.

116) RG DR 41, 858 (860) und RG SeuffA 75 Nr.126 (S.219); (V sei sich zwar der Pflichtwidrigkeit nicht bewußt gewesen. Die Mißbrauchslehre sei aber auch anzuwenden, wenn D sich sagen mußte, P könne das Geschäft nicht gewollt haben).

117) RGZ 134, 67 (71); 145, 311 (315).

Die Entscheidung dieser Frage muß im Treuhandrecht davon abhängen, ob der erforderliche Interessenausgleich zwischen D und dem TG hier von den gleichen Gesichtspunkten bestimmt wird wie in den Fällen bewußter Pflichtwidrigkeit. Das ist grundsätzlich zu bejahen. Denn auch hier bedarf der TG des gleichen Schutzes gegen Gefahren, die sich aus der Verfügungsmacht des TH über das wirtschaftlich dem TG zugeordnete Vermögen ergeben. Auch hier handelt D somit unredlich, wenn er sich an einem erkennbar pflichtwidrigen Geschäft beteiligt. Die subjektive Einstellung des TH ist demgegenüber von untergeordneter Bedeutung. Man sollte also auch bei unbewußt pflichtwidrigen Verfügungen einen Verstoß gegen Treu und Glauben annehmen. Ganz entsprechend macht im übrigen auch das amerikanische Recht das Verfolgungsrecht des Beneficiary nicht davon abhängig, ob der Trustee den Treubruch bewußt oder unbewußt begangen hat.¹¹⁸⁾

Eine wichtige Einschränkung ergibt sich allerdings daraus, daß der TG nur gegen solche Gefahren geschützt zu werden braucht, die sich gerade aus der Verfügungsberechtigung des TH über wirtschaftlich fremdes Vermögen ergeben. Er ist also nur gegen Verfügungen zu schützen, durch die der TH die ihm gegenüber bestehenden Pflichten verletzt und die das Geschäft somit schon der Anlage nach pflichtwidrig erscheinen lassen. Dagegen braucht er nicht vor der Gefahr geschützt zu werden, daß der TH ein im Ergebnis schlechtes Geschäft abschließt, also das Treugut nicht zu den bestmöglichen Bedingungen veräußert, anlegt oder auswertet. Im Geschäftsverkehr ist jedermann bestrebt, ein möglichst günstiges Geschäft abzuschließen. Jedermann hat auch das Risiko zu tragen, daß er unbewußt ein schlechtes Geschäft abschließt. Daran braucht ihn sein Geschäftspartner nicht zu hindern.¹¹⁹⁾ Es handelt sich insoweit also nicht um

118) Entscheidend ist lediglich, ob der Trustee einen breach of trust begangen hat. Vgl. dazu die Definition in Restatement § 201, Comment a: "Ordinarily a Trustee does not commit a breach of trust if he does not intentionally or negligently do what he ought not to do or fail to do what he ought to do."

u.U. ist eine Verfolgung veruntreuten Treuguts sogar bei schuldlosem Verhalten des Trustee möglich, vgl. dazu Scott, § 201 (S.1509).

119) Das betonen Hueck, OHG, § 20 III 2 (S.215) und Frieling, S.77 ff für die Mißbrauchslehre zu Recht. Sie folgern daraus allerdings weitergehend, daß nicht nur "schlechte Geschäfte", sondern alle unbewußt pflichtwidrigen Geschäfte nicht nach den Grundsätzen der Mißbrauchslehre zu beurteilen seien.

Gefahren, die speziell der Verfügungsmacht über wirtschaftlich fremdes Vermögen entspringen. Daran ändert sich auch nichts, wenn der TH ausdrücklich beauftragt ist, "möglichst günstig" abzuschließen. Anderenfalls könnte jeder das Risiko eines schlechten Geschäftsabschlusses durch Einschaltung eines TH seinem Vertragspartner aufbürden.

4. Unentgeltliche Verfügungen

Treuwidrige Verfügungen, die unentgeltlich erfolgen, spielen eine Sonderrolle. Denn einerseits kommt man zu besonders unbefriedigenden Ergebnissen, wenn man auch hier mit der herrschenden Lehre Ansprüche gegen den bösgläubigen D ablehnt. Andererseits steht hier auch die Gutgläubigkeit des D einem Anspruch des TG nicht zwingend entgegen.

Die herrschende Lehre lehnt freilich eine Sonderbehandlung unentgeltlicher Verfügungen mit dem Argument ab, § 816 Abs.1 Satz 2 BGB könne nicht herangezogen werden, weil der TH eben gerade nicht "Nichtberechtigter" sei.¹²⁰⁾ Nur bei Vorliegen einer Resolutivbedingung wollen einige Autoren anders entscheiden. Erwerbe der D hier gemäß § 161 Abs.3 gutgläubig Eigentum, so habe der Anwartschaftsberechtigte gegen ihn einen Kondiktionsanspruch auf § 816 Abs.1 Satz 2.¹²¹⁾

Dieser Ansicht kann man nun zunächst einmal entgegenhalten, daß § 816 Abs.1 Satz 2 bereits jetzt gelegentlich auf Fälle angewendet wird, in denen kein Nichtberechtigter verfügt hatte. Fiel das Eigentum etwa infolge einer

120) Siebert, S.156 f, 211, Palandt-Hoche, vor § 929 Anm.7 B a, Büchner, S.55, Würdinger, S.34

a.A.: Schless, S.66 und neuerdings Kötz, S.139 Anm.150; de lege ferenda auch Stier, S.131 (Mit der Einbeziehung "unangemessener" Gegenleistungen aber wohl zu weitgehend).

121) so Enneccerus-Nipperdey, § 198 I 2 (S.1204) und Lehmann, Allg. Teil, § 35 A VI 1 a gamma.- Man wird ihnen zustimmen müssen, da § 816 systematisch zu den Bestimmungen über Erwerb vom Nichtberechtigten gehört und der Verweis in § 161 Abs.3 sich deshalb auch auf diese Bestimmung beziehen muß.

Resolutivbedingung mit der treuwidrigen Verfügung an den Anwartschaftsberechtigten zurück, so läßt sich kaum überzeugend sagen, der Verfügung sei im Augenblick der Verfügung Nichtberechtigter gewesen. Das RG hat darüber hinaus die Bestimmung in einem Fall angewendet, obgleich es den Verfügenden ausdrücklich als Berechtigten bezeichnet hatte.¹²²⁾

Gegen die herrschende Lehre spricht aber vor allem, daß in § 816 Abs.1 Satz 2 ein allgemeiner Rechtsgrundsatz zum Ausdruck kommt, der auch zahlreichen anderen Gesetzesbestimmungen zugrunde liegt: Unentgeltlicher Erwerb ist bei Interessenkollisionen weniger schutzwürdig als entgeltlicher Erwerb.¹²³⁾ Bei den Quasitreuhändern, wo freilich der Quasi-TG noch schutzbedürftiger ist, sind treuwidrige Verfügungen deshalb ungeachtet etwaiger Gutgläubigkeit des D sogar nichtig oder zumindest unwirksam.¹²⁴⁾ Im amerikanischen law of trusts wird gutgläubiger Erwerb

122) RG JW 1934, 2458. - Eine Kreditanstalt hatte ihrem Direktor M rechtsgrundlos einen Grundschuldbrief nebst Abtretungsurkunde, in der der Name des neuen Gläubigers offen gelassen war, übergeben. M setzte nun den Namen seiner Geliebten ein und übergab dieser die Papiere unentgeltlich. Das RG gab der Kreditanstalt, für die M als Ermächtigtter gehandelt habe, einen Anspruch aus § 816 Abs.1 Satz 2 gegen die Geliebte. Der unmittelbaren Anwendung des § 816 Abs.1 Satz 2 stehe zwar entgegen, daß die Kreditanstalt als "Berechtigte" zugunsten der Geliebten verfügt habe. Eine entsprechende Anwendung der Vorschrift sei aber geboten, "wenn anderenfalls eine im Deckungsverhältnis ungerechtfertigte Vermögensverschiebung auf Kosten der Kreditanstalt zugunsten der unentgeltlich bedachten Geliebten aufrecht erhalten bliebe." (aaO S.2459).

123) vgl. dazu Heck, Schuldrecht, § 92 Ziff.4 d m. Nachw. und von Caemmerer, Bereicherung, S.369. - Zu Recht hat man sich gefragt, ob ein Gutgläubensschutz bei unentgeltlichem Erwerb überhaupt erforderlich sei. Die Zweite Kommission hat das bekanntlich bei Stimmengleichheit von 9 : 9 nur durch Stichentscheid des Vorsitzenden bejaht (vgl. Prot. S.3444 = Mugdan III, S.543). Dagegen de lege ferenda neuerdings wieder Zweigert, S.17 bei und in Anm.54.

124) vgl. §§ 1641, 1804, 2205, S.3, 2207, S.2 sowie oben S. 67 bei Anm. 253.

von Treugut deshalb schon seit Jahrhunderten nur dann geschützt, wenn er entgeltlich erfolgte.¹²⁵⁾

Auch im deutschen Treuhandrecht ist dieser allgemeine Rechtsgrundsatz zu berücksichtigen. Man sollte also § 816 Abs.1 Satz 2 analog anwenden und einen Kondiktionsanspruch des TG bejahen, wo D zwar gutgläubig, aber unentgeltlich erworben hatte. Ein obligatorisch Berechtigter kann sich zwar grundsätzlich bei unentgeltlichen Verfügungen des Eigentümers nicht an den Beschenkten halten.¹²⁶⁾ Die Treuhandpflicht des TH kann aber auch hier einer gewöhnlichen Vertragspflicht nicht schematisch gleichgestellt werden. Auch hier bedarf der TG vielmehr eines stärkeren Schutzes, dem die Interessen des unentgeltlich Erwerbenden ungeachtet seiner Gutgläubigkeit nachgeordnet werden müssen.

III. Dogmatische Orientierung

1. Anlaß und Hindernisse

a) Der vorstehend entwickelte Lösungsvorschlag gibt aus zwei Gründen zu dogmatischen Überlegungen Anlaß. Erstens muß er nämlich insofern abgesichert werden, als er sich "nur" auf die Generalklauseln stützt und zumindest deren zügellose Verwendung berechtigten Bedenken unterliegt. Insbesondere Hedemann hat bekanntlich vor der Gefahr gewarnt, daß man mit einer zügellosen Verwendung der Generalklauseln aus innerer Haltlosigkeit und Ermüdung zu einer Verweichlichung des Denkens, zu Rechts-

125) vgl. Restatement, § 289 sowie etwa Justice Holmes in *Otis v. Otis* (167 Mass. 245, 45 NE 737, 1897): "A person to whose hands a trust fund comes by conveyance from the original trustee is chargeable as a trustee in turn, if he takes it without consideration, whether he has notice of the trust or not. This has been settled for three hundred years, since the times of uses."

126) Spezielle Ausnahmen enthalten die Schenkungspauliana (§§ 32, 37 Abs.2 KO, 3 Nr.3, 4 und 7 Abs.2 AnfG) und §§ 2287, 2329 BGB.

unsicherheit und Willkür gelangt.¹²⁷⁾ Angesichts dieser Bedenken braucht unser Lösungsvorschlag nun zwar keineswegs von vornherein verworfen zu werden. Eine der legitimen Funktionen der Generalklauseln ist es gerade, der richterlichen Rechtsfortbildung dort als Anknüpfungspunkt zu dienen, wo lückenhafte Gesetzesregelungen oder - wie im Falle des Treuhandrechts - das Fehlen jeglicher Regelung zu anerkanntermaßen unbefriedigenden Ergebnissen führen und die Lösung nicht auf speziellere Gesichtspunkte gestützt werden kann. Abzulehnen wäre der Lösungsvorschlag aber dann, wenn sich das gesuchte Verfolgungsrecht aus einem spezielleren Gedanken herleiten ließe. Aus diesem Grunde muß untersucht werden, ob das Verfolgungsrecht auch aus einer neuen Treuhanddogmatik entwickelt werden kann.

Der zweite Grund für dogmatische Überlegungen liegt darin, daß sich die Lehre spätestens dann um eine neue Treuhanddogmatik bemühen müssen wird, wenn die Praxis dem TG ein Verfolgungsrecht zubilligt. Denn dann ist die Rechtsstellung des TG schrittweise so weitgehend verdinglicht worden, daß das Treuhandrecht in diesem Stadium schwerlich noch aus der bisherigen dogmatischen Sicht zu erklären und zu bewältigen ist.

Eine dogmatische Neuorientierung könnte nun zu verschiedenen Ergebnissen führen. So könnte man unter Anerkennung eines neuen dinglichen Rechts auf seiten des TH je nach Zweck des Treuhandverhältnisses ein besitzloses Pfandrecht bzw. ein ausschließliches Verwaltungsrecht annehmen oder umgekehrt auf seiten des TG ein besonderes Treugeber-Recht. Auf anderen Wegen könnte man zumindest eine Begrenzung der Verfügungsmacht des TH annehmen. Allen diesen, noch näher zu behandelnden Möglichkeiten stehen allerdings zwei grundsätzliche Hindernisse im Wege: Der Grundsatz des *numerus clausus* der Sachenrechte und die Vorschrift des § 137 BGB.

127) aaO, insbes. S.66 ff; weitere Nachweise bei Staudinger-Weber, § 242 Anm.A 2 und A 3.

b) Der numerus clausus

Der Anerkennung neuer dinglicher Rechte im Treuhandrecht steht nach überwiegender Meinung¹²⁸⁾ der numerus clausus der Sachenrechte entgegen.

Nun verbietet dieser Grundsatz, wie neuerdings zu Recht betont wird,¹²⁹⁾ zwar nicht jegliche Fortentwicklung unseres Sachenrechts über den Stand der Jahrhundertwende hinaus. Sogar der Gesetzgeber selbst hat etwa auf dem Gebiet des sozialen Siedlungsrechts¹³⁰⁾ neue dingliche Rechte geschaffen. Auch die Rechtsprechung hat sich durch den numerus clausus nicht gehindert gesehen, etwa die Stellung eines Anwartschaftsberechtigten oder eines TG schrittweise zu verdinglichen. Andererseits verkörpert der numerus clausus aber doch eine grundlegende Wertentscheidung unseres Gesetzgebers von tiefgreifenden Auswirkungen auf die vom Recht mitgestaltete soziale Wirklichkeit.¹³¹⁾ Er gewährleistet ein strenges und in den Formen sparsames System dinglicher Rechte und verbietet damit ein so vielfältiges Instrumentarium, wie es das angloamerikanische law of property kennt. Er bezweckt insbesondere für das Liegenschaftsrecht Klarheit und Übersichtlichkeit dinglicher Rechtsverhältnisse im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs.¹³²⁾ Über eine so grundsätzliche gesetzgeberische Entscheidung können sich Praxis und Lehre trotz vereinzelter Gegenstimmen¹³³⁾ nicht hinwegsetzen, so-

128) Siebert, S.239 f, 246 f; Gubler, S.361a; Büchner, S.88; Pestalozzi-Henggeler, S.130; Nord, S.14; Schless, S.37; Ammann, § 16 V 1; a.A.: Zimmermann, S.56; wohl auch Reinhardt und Erlinghagen, S.49.

129) insbesondere: Raiser, Anwartschaften, S.55; ferner v.Caemmerer, Wandlungen, S.83; Müller-Freienfels, S.138; Reinhardt und Erlinghagen, S.49.

130) vgl. etwa das Dauerwohnrecht in § 31 Wohnungseigentumsgesetz v. 15.3.1951 - BGBl.I, 175.

131) Raiser, Anwartschaften, S.46.

132) Wolff-Raiser, § 2 II 1; Heck, Sachenrecht, § 23.2; Gubler, S.361a.- Daneben mag auch der "Freiheitsschutz" (Heck, aaO) des Eigentümers gegen nicht erforderliche Belastungen seines Eigentums bezweckt sein, vgl. dazu auch Mot. III, S.262.

133) So meint etwa Bolgar, daß der numerus clausus "might well be left to the museum of Begriffsjurisprudenz" (aaO, S.214); gegen den Typenzwang auch Heck, Sachenrecht, § 23 Ziff.10. - Für die Entscheidung unseres Gesetzgebers spricht wohl gerade die Kompliziertheit des angloamerikanischen law of future interests, das in der Praxis zu unzähligen Streitfällen führte und an den law schools als schwierigstes Rechtsgebiet gilt.

lange nicht in bestimmter Hinsicht ein dringendes Bedürfnis nach Rechtsfortbildung besteht.

In unserem Falle existiert nun zwar ein dringendes Bedürfnis nach Anerkennung des Verfolgungsrechts. Man wird gegen die obige Lösung also nicht einwenden können, sie bedeute eine so weitgehende Verdinglichung der Rechtsstellung des TG, daß sie sich angesichts des *numerus clausus* verbiete. Eine andere Frage ist aber, ob die Rechtsprechung, wenn sie schon eine so weitgehende Verdinglichung annimmt, auch zur ausdrücklichen Anerkennung eines neuen dinglichen Rechts befugt ist. Das ist zu verneinen. Denn erstens besteht hierfür nach der anderweitigen Begründung des Verfolgungsrechts kein dringendes Bedürfnis mehr. Zweitens würde die Rechtsprechung hiermit die ihr gezogenen, prinzipiellen Schranken überschreiten. Sie ist zur Rechtsfortbildung nur insoweit berufen, als es das gerechte Ergebnis der konkreten Einzelentscheidung verlangt. Diese Aufgabe ist in unserem Falle erfüllt, wenn sich das gesuchte Verfolgungsrecht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ableiten läßt. Weitergehende systematische und dogmatische Reformen und insbesondere die Anerkennung neuer, dem Gesetz zuwiderlaufender Einzelinstitute kann sich nur allmählich aus einem Zusammenspiel von Kasuistik und Lehre ergeben.¹³⁴⁾ Die Anerkennung neuer dinglicher Rechte allein durch die Rechtsprechung kommt also nicht in Betracht. Es bleibt aber die Frage, wie die Lehre insbesondere nach einer Anerkennung des Verfolgungsrechts das Treuhandverhältnis dogmatisch befriedigend erfassen kann. Nur in dieser Hinsicht wird die Möglichkeit neuer dinglicher Rechte also unten zu erörtern sein.

c) Die Bedeutung des § 137 BGB

Das zweite grundsätzliche Hindernis bei einer dogmatischen Neubesinnung bildet der § 137 BGB. Nach dieser Bestimmung kann niemand seine Verfügungsbefugnis über ein veräußerliches Recht durch Rechtsgeschäft ausschließen oder beschränken. Sie verbietet also einerseits, daß der TH nach dem

134) Grundsätzlich zu dieser Wechselwirkung etwa Esser, Grundsatz und Norm, S.242 ff, 250.

Treuhandvertrag zwar das Eigentum, nicht aber die freie Verfügungsbefugnis über das Eigentum erhält. Damit steht sie dinglichen Verfügungsbeschränkungen des TH im Wege. Sie verbietet andererseits, daß der TG zwar das Eigentum behält, auf seine Verfügungsberechtigung aber mit Drittwirkung ganz oder teilweise verzichtet. Damit steht sie einer "verdrängenden Vollmacht" und - ebenso wie der *numerus clausus* - einem vom Eigentum abgespaltenen, ausschließlichen Verwaltungsrecht entgegen. Die herrschende Lehre ist deshalb der Ansicht, der Machtüberschuß des fiduziarischen TH lasse sich angesichts § 137 nicht vermeiden. Siebert hat von der "grundsätzlich treuhandfeindlichen Bedeutung" des § 137 gesprochen, der "den Zwiespalt zwischen Rechtsmacht und Rechtspflicht des Treuhänders gesetzlich normiert und sanktioniert."¹³⁵⁾

Vom Wortlaut des § 137 her gesehen ist diese Ansicht zwingend. Ob man hier indes allein vom Wortlaut ausgehen kann, muß bezweifelt werden. Stellt man demgegenüber auf den Schutzzweck des § 137 ab und fragt man, ob dingliche Verfügungsbeschränkungen, eine "verdrängende Vollmacht" oder ein ausschließliches Verwaltungsrecht diesem Schutzzweck zuwiderlaufen, so liegen die Dinge komplizierter. Der Zweck des § 137 besteht nach den Gesetzesmaterialien und herrschender Lehre in zweierlei. Erstens sollen sog. "relativ dingliche Rechte" vermieden,¹³⁶⁾ vielmehr der *numerus clausus* gewahrt und dadurch Klarheit und Sicherheit des Rechtsverkehrs geschützt werden.¹³⁷⁾ Insoweit ergibt sich § 137 als notwendige Konsequenz aus dem Typenzwang, da anderenfalls die inhaltliche Ausgestaltung eines dinglichen Rechts im Parteibelieben stände.¹³⁸⁾ Es gilt also auch hier, was oben zum Typenzwang gesagt wurde. Auch § 137 kann demnach einer dringenden Fortentwicklung unseres Rechts durch die Rechtsprechung nicht unüberwindbar im Wege stehen. Auch hier kann aber nicht von einem dringenden Bedürfnis nach Rechtsfortbildung gesprochen werden, nachdem das

135) aaO S.418 f.

136) dazu Endemann, § 3 Ziff.5 (S.13); Riezler, S.69; Staudinger-Coing, § 137 Anm.3.

137) Mot. III, S.77 = Mugdan III, S.42; zustimmend Palandt-Danckelmann, § 137 Anm.2; Erman-Westermann, § 137 Anm.1; Oertmann, § 137 Anm. 2a β; Siebert-Hefermehl, § 137 Anm.1.

138) so auch bereits Mot.III, S.77 = Mugdan III, S.42.

gesuchte Verfolgungsrecht auf anderem Wege zu begründen ist.

§ 137 soll zweitens sicherstellen, daß niemand sein Vermögen mit Hilfe eines Dritten dem Verkehr und den Zugriffen seiner Gläubiger entziehen kann.¹³⁹⁾ Es geht hier also zunächst um die Interessen der Allgemeinheit. Ein Gegenstand kann volkswirtschaftlich nutzlos werden, wenn - insbesondere auf längere Zeit oder gar über mehrere Generationen - niemand über ihn verfügen kann. Es liegt also auch im Interesse der Allgemeinheit, daß dem Berechtigten nicht auf längere Zeit die von ihm gewünschten Verfügungen unmöglich sind. Es geht aber insbesondere um den Schutz der Gläubiger. Der Gesetzgeber wollte mit gutem Grund "im Interesse der Rechtsordnung"¹⁴⁰⁾ verhindern, daß ein Schuldner sein Vermögen seinen Gläubigern entziehen könne. Des § 137 hätte es hierfür allerdings nicht bedurft. Wenn der Gesetzgeber nämlich befürchtete, man könne sein Vermögen den Gläubigern dadurch entziehen, daß man seine eigene Verfügungsmacht durch Rechtsgeschäft mit einem Dritten ausschließe,¹⁴¹⁾ so ging er ohne Grund davon aus, daß mit dem Ausschluß der rechtsgeschäftlichen Übertragbarkeit auch die Pfändbarkeit ausgeschlossen sein müsse. Die Annahme zwangsläufiger Unpfändbarkeit ist aber nur zu rechtfertigen, wo die Übertragbarkeit etwa aus sozialpolitischen Erwägungen oder wegen des höchstpersönlichen Charakters eines Rechtes gesetzlich ausgeschlossen ist. Wollte man den rechtsgeschäftlichen Ausschluß der Übertragbarkeit zulassen, so brauchte das die Pfändbarkeit ebensowenig zu berühren wie im Falle der §§ 399 BGB, 851 Abs.2 ZPO.¹⁴²⁾ Der Schutzzweck des § 137 ließe sich also insoweit auch durch eine analoge Anwendung des § 851 Abs.2 ZPO erreichen.

139) Motive, aaO; zustimmend Schott, S.331. Nur im Hinblick auf den Rechtsverkehr: Staudinger-Coing, § 137 Anm.1a; Erman-Westermann, § 137 Anm.1a; Siebert, S.218; Müller-Freienfels, S.130. Nur im Hinblick auf den Gläubigerzugriff: Soergel-Lindenmaier, (8.Auf.), § 137 Anm.1.

140) Mot.III, S.77 = Mugdan III, S.42.

141) so Mot.III, S.77 = Mugdan III, S.42.

142) Auch gegen einen rechtsgeschäftlichen Ausschluß der Forderungsabtretung (§ 399 BGB) hatten zunächst Bedenken wegen möglicher Gläubigerbenachteiligungen bestanden, die aber durch Einfügung des § 851 Abs.2 ZPO ausgeräumt wurden. Vgl. dazu einerseits Entwurf I, § 295 Abs.2 und Mot.II, S.123 = Mugdan II, S.67., andererseits Entwurf II, § 343 und Prot. S.771 = Mugdan S.573.

Eine über diese beiden Schutzzwecke hinausgehende Funktion hat der § 137 nicht. Insbesondere kann nicht angenommen werden, die Vorschrift solle die Verfügungsfreiheit auch im Interesse des Berechtigten selbst schützen. Ein Schutz des Berechtigten "vor sich selbst", nämlich vor der freiwilligen Aufgabe oder Einschränkung des Verfügungsrechts, ist bisher wohl nirgends verlangt worden. Das wäre auch schlecht mit der doch gerade § 137 zugrunde liegenden Auffassung des Liberalismus verträglich, daß jedermann seine Interessen selbst am besten wahrnimmt. Ebenso wenig kann angenommen werden, Eigentum müsse mit begrifflicher oder axiomatischer Notwendigkeit die Verfügungsfreiheit einschließen.¹⁴³⁾ Eine solche These würde von zahlreichen gesetzlichen Ausnahmen,¹⁴⁴⁾ von der Sozialpflichtigkeit und den vielfältigen Zweckbindungen des Eigentums widerlegt.

Zusammenfassend ist festzuhalten; Nachdem ein Verfolgungsrecht anderweitig begründet werden kann, ist die Rechtsprechung durch § 137 daran gehindert, dingliche Verfügungsbeschränkungen, ein dingliches Verwaltungsrecht oder eine verdrängende Vollmacht anzuerkennen. Diese Möglichkeiten können also ebenso wie die Zulassung neuer dinglicher Rechte nur im Rahmen der erforderlichen dogmatischen Neuorientierung eine Rolle spielen. Nur im Hinblick darauf wird unten noch zu untersuchen sein, ob sie dem zweitgenannten Schutzzweck des § 137 zuwiderlaufen.

2. Anerkennung neuer dinglicher Rechte?

Die Fortentwicklung des Treuhandrechts durch die Rechtsprechung läßt sich dogmatisch am besten fassen, wenn man den TG als Eigentümer und den TH als dinglich Berechtigten betrachtet. Im Rahmen einer Vertragsauslegung wird das zwar nur selten möglich sein, da in den meisten Treuhandverträgen eindeutig von einer Eigentumsübertragung die Rede ist. Es bleibt aber zu erwägen, ob derartige Vertragsgestaltungen in Zukunft zugelassen werden können.

143) So allerdings Gubler, S. 353a für das schweizerische Recht, obgleich dort eine Parallelvorschrift zu § 137 fehlt.

144) Nachweise bei Boehmer, Einführung S. 281 f.

a) Das besitzlose Pfandrecht

So könnte man bei der Sicherungstreuhand daran denken, ihrem wirtschaftlichen Zweck entsprechend dem TH nicht das Eigentum, sondern ein besitzloses Pfandrecht zuzusprechen. De lege lata kommt das aber wegen der in § 1205 BGB geforderten Publizität des Pfandrechts nicht in Betracht. Diese Vorschrift mag durch die Anerkennung der Sicherungsübereignung stillschweigend umgangen werden. Auch die Lehre kann aber nicht empfehlen, in offenem Widerspruch zu ihr ein besitzloses Pfandrecht anzuerkennen. Die Zulassung einer besitzlosen Verpfändung kann also nur durch den Gesetzgeber erfolgen und steht damit in engem Zusammenhang mit der seit langem diskutierten Reform unseres Kreditsicherungsrechts, also mit einem umfangreichen Fragenkreis, auf den hier nicht eingegangen werden kann.¹⁴⁵⁾

Nur soviel sei gesagt: Wenn es überhaupt zu einer gesetzlichen Neuregelung unseres Kreditsicherungsrechts kommt - zu entsprechenden Vorschlägen sah sich der Deutsche Juristentag im Jahre 1955 noch nicht in der Lage¹⁴⁶⁾ - so wird es wohl in erster Linie darum gehen, eine gewisse Publizität des Sicherungsrechts zu schaffen bzw. die ungesicherten Gläubiger in gewissem Umfang zu schützen. Dabei dürfte von untergeordneter Bedeutung sein, ob man das Sicherungsrecht als Sicherungseigentum oder als besitzloses Pfandrecht ausgestaltet. Man sollte aber prüfen, ob die Annahme eines besitzlosen Pfandrechts nicht in anderer Hinsicht vorteilhafter ist. Das wird im Hinblick auf die dogmatische Erfassung des Sicherungsrechts und die Behandlung treuwidriger Verfügungen zu bejahen sein. Auf der Grundlage eines besitzlosen Pfandrechts läßt sich die vielfache Sonderbehandlung des Treugutes dogmatisch befriedigend erklären. Ferner läßt sich die oben gezeigte Gefahr¹⁴⁷⁾ vermeiden, daß Eigentum und Besitz nach § 986 Abs.2 BGB endgültig in sinnloser Weise auseinanderfallen. Vor allem läßt sich die Wirksamkeit treuwidriger Verfügungen auf den Fall gutgläu-

145) Nachweise etwa bei Staudinger-Spreng, Anm.6 vor § 1204 und Staudinger-Berg, § 929 Anm.32.

146) vgl. das Diskussionsergebnis in Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages, 1955, Bd.II, F 81.

147) vgl. oben S. 26.

bigen Erwerbs reduzieren. Denn der nicht besitzende Pfandgläubiger verfügt über keinen Machtüberschuß, den er treuwidrig gebrauchen könnte. Wie jeder andere Nichtberechtigte kann er nur dadurch wirksam verfügen, daß ein gutgläubiger Dritter an der Verfügung beteiligt ist. Da er im Gegensatz zu einem Sicherungseigentümer nicht mittelbarer Besitzer ist, ist gutgläubiger Erwerb nur unter der Voraussetzung des § 934 2. Alternative möglich. Will er also das Sicherungsgut vor Pfandreife durch Abtretung eines vorgetäuschten Herausgabeanspruches veräußern, so erwirbt der D nur dann Eigentum, wenn er gutgläubig vom SG den Besitz übertragen erhält. Zu einer Besitzübertragung wird es aber kaum jemals kommen, da der SG regelmäßig wissen bzw. erfahren wird, daß er dazu nicht verpflichtet ist und bei Gutgläubigkeit des D sein Eigentum verliert.

Neben diesen Vorteilen würde ein besitzloses Pfandrecht freilich auch Nachteile mit sich bringen. Es würde den Sicherungsnehmer an die engen pfandrechtlichen Verwertungsvorschriften binden, während doch - neben dem Bedürfnis nach einer besitzlosen Verpfändung - gerade das Interesse an freieren Verwertungsmöglichkeiten zur Ausbildung der Sicherungsübereignung geführt hat. Immerhin wäre im Rahmen der Gesetzesreform auch eine Lockerung der Verwertungsvorschriften denkbar.

b) Das dingliche Verwaltungsrecht

Sucht man in entsprechender Weise auch für die Verwaltungstreuhand nach einem dinglichen Recht des TH, so käme ein Verwaltungsrecht in Betracht, das durch zweierlei gekennzeichnet wäre; Es würde dem TH die ausschließliche Verwaltungsmacht übertragen und so die Merkmale eines dinglichen Rechts tragen. Es würde andererseits nur ein begrenztes Verwaltungsrecht übertragen, da der TH anderenfalls den gleichen Machtüberschuß wie bei der Fiduzia besäße. Ausgangspunkt für dahingehende Überlegungen ist seit langem das gesetzlich festgelegte Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers.¹⁴⁸⁾ Die herrschende Lehre hält aber die rechtsgeschäftliche Be-

148) Bereits Schultze (S.64 ff, insbes. 73) hat den Testamentsvollstrecker als einen "Treuhänder mit begrenztem dinglichen Recht" bezeichnet. Siber (S.92) hielt "die Anschauung von einem dinglichen Recht des Treuhänders an fremdem Gut" überall dort für geboten, "wo ein Vermögen kraft Gesetzes in fremder Verwaltung steht."

gründung eines solchen Rechts wegen des *numerus clausus* für unzulässig.¹⁴⁹⁾

Man wird diese Ansicht nun zwar, wie oben gezeigt, nicht allein durch einen Hinweis auf den *numerus clausus* begründen können. Trotzdem wird man ihr im Ergebnis aus folgenden Gründen zustimmen müssen.

Zunächst einmal läßt sich die Rechtsstellung eines Verwaltungstreuhänders schwerlich mit der Kategorie des dinglichen Rechts fassen. Wer dinglich berechtigt ist, muß eine bestimmte, aus der Zuständigkeit des Eigentümers ausgegrenzte Machtbefugnis nötigenfalls auch gegen den Willen des Eigentümers ausüben können. Eine Verwaltungstreuhand wird aber in der Regel nur im Interesse des TG begründet, so daß dieser es in der Hand hat, das Auftragsverhältnis zu kündigen und damit den TH zur Rückübertragung des Eigentums bzw. des fraglichen Verwaltungsrechts zu verpflichten. Es kommt hinzu, daß man das Verwaltungsrecht nur dann als dingliches Recht qualifizieren könnte, wenn es eine konkurrierende Zuständigkeit des TG ausschloße. Das aber ist nach den Parteiinteressen regelmäßig nicht erforderlich und schafft Gefahren für den Rechtsverkehr, die § 137 gerade vermeiden will. So kann eine konkurrierende Zuständigkeit des TG den TH nicht beeinträchtigen, wenn das Treuhandverhältnis, wie regelmäßig, ausschließlich im Interesse des TG begründet worden ist. Ein gewisses Interesse am Ausschluß der Zuständigkeit des TG mag allenfalls bei der Vergleichstreuhand bestehen, wo aber abredewidrige Verfügungen des Schuldners in der Praxis kaum zu befürchten sind.¹⁵⁰⁾ Andererseits würde eine konkurrierende Zuständigkeit des TG erhebliche Gefahren für den Rechtsverkehr mit sich bringen. Denn nicht nur der TH, sondern auch der TG könnten dann Verfügungen vornehmen, die mangels Verfügungsberechtigung unwirksam wären. Ungeschützt bliebe also nicht nur, wer vom TH erwirbt und dessen Verwaltungsrecht dem Umfange nach verkennt, sondern auch, wer vom TG erwirbt und dessen fehlende Verfügungsberechtigung nicht kennt. Gerade solche Gefahren will aber § 137 BGB vermei-

149) Siebert, S.246 ff; Gubler, S.361a; Büchner, S.88; Ammann, § 16 V 1; Schless, S.37.

a.A. offenbar J.v.Gierke, Sachenrecht, S.127; Reinhardt und Erlinghagen, S.49 f.

150) vgl. oben S.44 bei Anm. 170.

den. Sie in Kauf zu nehmen oder hier analog § 2211 Abs.2 BGB den guten Glauben an die Verfügungsmacht des TG zu schützen, besteht kein Anlaß, solange es überhaupt unnötig ist, die konkurrierende Zuständigkeit des TG auszuschließen.

Schließlich muß man sich vergegenwärtigen, daß der Brauchbarkeit eines dinglichen Verwaltungsrechts durch das Offenheitsprinzip unseres Vertretungsrechts enge Grenzen gezogen sind. So könnte das Verwaltungsrecht den TH sicher nicht in den Stand setzen, einerseits ohne Hinweis auf sein bloßes Verwaltungsrecht im eigenen Namen aufzutreten, andererseits aber durch seine Geschäfte mit Dritten unmittelbar und ausschließlich den verdeckten TG zu berechtigen und zu verpflichten. Das wäre sachlich nichts anderes als eine verdeckte Stellvertretung mit unmittelbaren Wirkungen für und gegen den Vertretenen, also mit dem Offenheitsprinzip ebenso unvereinbar wie eine aus gleichem Grunde fast allgemein abgelehnte¹⁵¹⁾ Verpflichtungs- oder Erwerbsermächtigung. Der TH müßte folglich im Rechtsverkehr mit Dritten auf das Bestehen eines Treuhandverhältnisses und auf die Person des TG hinweisen. Damit wird der Weg über ein Verwaltungsrecht des TH für alle Fälle unbrauchbar, in denen das Treuhandverhältnis Verbergungs- oder Umgehungsfunktionen erfüllt. Hier muß der TH fiduziarischer Eigentümer sein.¹⁵²⁾ In allen übrigen Fällen bietet ein nur offen einzusetzendes Verwaltungsrecht zumindest keine Vorteile gegenüber einer Bevollmächtigung.

c) Ein dingliches Recht des TG

Im Gegensatz zu beiden vorstehend erörterten Möglichkeiten wäre nun noch denkbar, zwar von der Eigentümerstellung des TH, zugleich aber

151) Enneccerus-Nipperdey, § 204 I 3 b (S.1236); Staudinger-Coing vor § 164 Anm. 63b und c; Siebert, S.255.
a.A.: Dölle, S.276 ff.

152) Ebenso schon oben S. 48 im Zusammenhang mit der Ermächtigung-treuhand.

von einem dinglichen Recht des TG auszugehen. Man hat auch das bereits erwogen und von einem "dinglichen Recht sui generis", ¹⁵³⁾ von einem "neuartigen, auf den Nutzen beschränkten dinglichen Recht" oder einem "dinglichen Treuhanderrecht" ¹⁵⁴⁾ gesprochen.

Zimmermann und Reinhardt-Erlinghagen haben diese Lösung befürwortet. Zimmermann meint, ein solches Recht entspreche am besten der "equitable ownership" des anglo-amerikanischen Rechts. Der bösgläubige Erwerber erlange also vom TH zwar das Eigentum, das Treugut sei aber mit einem dinglichen Recht des Begünstigten belastet. Dieses Recht gehe auf bestimmungsgemäßen Genuß der Sache als Treugut, also darauf, daß die Sache von einem Treuhänder verwaltet werde. Der Anspruch des Begünstigten richte sich daher auf Herausgabe und Rückübertragung an den TH. ¹⁵⁵⁾

Diese Ansicht führt zwar zu befriedigenden Ergebnissen. Sie läßt sich aber nicht überzeugend begründen. Zunächst muß man ihr entgegenhalten, daß der TG als Inhaber eines dinglichen Rechts nicht nur einen obligatorischen Anspruch auf Rückübertragung an den TH, sondern vielmehr begriffsnotwendig einen dinglichen, den Gläubigern des D vorgehenden Herausgabeanspruch haben müßte. Damit wird zugleich noch deutlicher, daß man ein Recht der von Zimmermann vorgeschlagenen Art überhaupt nicht als beschränkt dingliches Recht bezeichnen kann. Denn für ein beschränkt dingliches Recht ist kennzeichnend, daß es eine spezifische Machtbefugnis aus dem Eigentumsinhalt ausgrenzt und insoweit die Befugnisse des Eigentümers zurückdrängt. Das hier vorgeschlagene Recht würde dagegen dem D nicht nur einzelne Eigentümerbefugnisse entziehen, sondern seinen Eigentumserwerb völlig zunichte machen. ¹⁵⁶⁾ Es ist daher irreführend, dieses Recht als eine "Belastung" des Eigentums zu bezeichnen und vom "Erwerb einer belasteten Sache" ¹⁵⁷⁾ zu sprechen.

153) Zimmermann, S.57.

154) Reinhardt-Erlinghagen, S.49; bzw. Gubler, S.361a.

155) Zimmermann, S.57.

156) so auch Gubler, S.357a und Kötz, S.170.

157) so Zimmermann, aaO.

Sachlich enthält dieses Recht nichts anderes als ein Anfechtungsrecht gegenüber Verfügungen des Eigentümers. Ein derartiges Anfechtungsrecht ist aber abzulehnen. Denn die Anfechtbarkeit einer Verfügung des Eigentümers durch einen Dritten bedeutet selbst bei entsprechendem Gutgläubensschutz eine erhebliche Gefahr für den Rechtsverkehr. Sie ist deshalb nur unter ganz bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen zulässig.¹⁵⁸⁾ Ihre Anerkennung für das Treuhandrecht ist jedenfalls *de lege lata* nicht möglich.

d) Geteiltes Eigentum

Als letzte Möglichkeit einer dinglichen Rechtsteilung zwischen TG und TH kommt eine Teilung des Eigentums in Betracht. Man hat bekanntlich häufig vom "formalen Eigentum" des TH und vom "wirtschaftlichen" oder "materiellen" Eigentum des TG gesprochen. Diese Unterscheidung hat insbesondere das RG zur Begründung des Aussonderungsrechts des TG herangezogen.¹⁵⁹⁾ Auch die Rechtsprechung des RFH und des BFH hat mehrfach mit dieser Unterscheidung operiert, da verschiedene Steuergesetze an die wirtschaftliche Vermögenszugehörigkeit anknüpfen.¹⁶⁰⁾ Im übrigen zeigt diese Unterscheidung Ähnlichkeit zur "double ownership" im angloamerikanischen Trustrecht und bietet sich insofern zur Lösung unseres Problems an.

Dennoch ist eine Lösung auf diesem Wege nicht möglich. Dabei kann hier offenbleiben, ob man ein wirtschaftliches Eigentum als Rechtsbegriff anerkennen kann und sollte.¹⁶¹⁾ Auch soweit das befürwortet wird, hat man

158) Beispielsweise nach §§ 29 ff KO und den Bestimmungen des AnfG.

159) RGZ 45, 80 (85); 84, 214 (217); 91, 12 (14).

160) Nachweise bei Stier, S.4 ff und bei v. Wallis.

161) Bejahend: Nipperdey, S.308 f, 311 f und neuestens Assfalg, NJW 63, 1582.

Verneinend: Boehmer, Grundlagen II 2 S.163; Gubler, S.457a; Zimmermann, S.61; neuestens Mutze, NJW 63, S.517 bei Anm.32, auch das Urteil der Schiedskommission für Güter, Rechte und Interessen in Deutschland v.19.6.1961, WM 61, 770 (772) (vgl. oben S. 46).

daraus nämlich keine Rechte des wirtschaftlichen Eigentümers gegenüber Vertragspersonen des formalen Eigentümers hergeleitet.¹⁶²⁾ Das ist berechtigt. Hinter dem Begriff des wirtschaftlichen Eigentums kann sich nämlich nur eine Aussage über die wirtschaftliche Vermögenszugehörigkeit verbergen.¹⁶³⁾ Diese mag man zu Recht bei der Behandlung des Treugutes im Konkurse und in der Zwangsvollstreckung berücksichtigen.¹⁶⁴⁾ Man würde aber den dem BGB zugrunde liegenden Eigentumsbegriff aufgeben, wenn man dem wirtschaftlichen Eigentümer auch in sonstiger Hinsicht Eigentümerbefugnisse zugestehen, ihn also etwa analog § 932 ff gegen treuwidrige Verfügungen des formalen Eigentümers schützen wollte. Denn die Schöpfer des BGB haben eine qualitative Aufteilung des Eigentums, nach der also mehreren Personen am gleichen Gegenstand inhaltlich verschiedene Eigentumsrechte zustehen, bewußt verworfen.¹⁶⁵⁾ Sie erblickten im Eigentum ein umfassendes Herrschaftsrecht, das nur im begrenzten Rahmen durch dingliche Rechte sollte beschränkt werden können.¹⁶⁶⁾ Dieser Eigentumsbegriff ist bisher ganz überwiegend anerkannt worden. Seinetwegen hat man die Zulässigkeit des im gemeinen Recht noch verbreiteten Ober- und Untereigentums¹⁶⁷⁾ und auch die Rezeption des anglo-amerikanischen Trusts auf der Grundlage geteilten Eigentums¹⁶⁸⁾ abgelehnt. Neuerdings hat nun zwar insbesondere Raiser¹⁶⁹⁾ auf die Nachteile

162) vgl. etwa Siebert, S.171 und neuerdings Assfalg, NJW 63,1584.

163) so bereits Siebert, S.169; ausführlicher neuerdings Baumann, S.205 (208).

164) so etwa Reinhardt und Erlinghagen, S.43.

165) Mot.III, S.262 = Mugdan III, S.145.

166) Leidenschaftliche Kritik allerdings schon bei O.v.Gierke, S.324; ähnlich wieder Bolgar, S.210.

167) vgl. etwa Wolff-Raiser, § 51 III und § 88 III; Staudinger-Seufert vor § 903 Anm.21; Friedmann, S.832.

168) Heymann, S.20 ff; Gubler, S.349a ff; Serick, S.659, 666 a.A.: Bolgar, S.217.

169) in Festschrift für Wolff, S.137 f: Gerade das Treuhandrecht zeige, daß dieser Eigentumsbegriff den Vorteil größerer rechtstechnischer Handlichkeit mit einer Verarmung rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten erkaufe und die dogmatische Bewältigung der zunehmenden Zweckbindungen des Eigentums erschwere. Das Eigentumsrecht müsse daher der abstrakten, sich stets gleichbleibenden Natur entkleidet werden, die zwar eine Beschränkung durch dingliche Rechte kenne, aber jede "bloß" schuldrechtliche Bindung des Eigentümers sachenrechtlich irrelevant sein lasse.

dieses Eigentumsbegriffes hingewiesen. Zudem hat jetzt Kötz¹⁷⁰⁾ eine funktionelle Aufteilung der Eigentümerbefugnis zwischen TH und TG vorgeschlagen. Der damit angeschnittene Fragenkreis ist jedoch von so weittragender Bedeutung, daß hier nicht auf ihn eingegangen werden kann. Es muß hier vielmehr davon ausgegangen werden, daß unser Recht keine qualitative Teilung des Eigentums zuläßt. Möglich ist demnach nur die quantitative Teilung des Eigentums zwischen Mit- und Gesamteigentümern. Sie aber läßt sich für Treuhandverhältnisse nicht verwenden, da sie dem TH kein Verfügungsrecht über das gesamte Treugut verleiht. Auch wäre der TG im Falle des Miteigentums nur hinsichtlich seines eigenen Anteils geschützt, da der TH über den anderen Anteil nach § 747 frei verfügen kann.¹⁷¹⁾

Als Sondertyp geteilten Eigentums hat nun Wolff ein "relatives Eigentum" vorgeschlagen. Danach sind sowohl der TH als auch der TG als Volleigentümer zu betrachten, wobei der TH "Eigentümer gegenüber jedermann, außer dem Treugeber" ist, der TG aber im Verhältnis der beiden zueinander Eigentümer geblieben ist.¹⁷²⁾

Dieser Gedanke eines relativen Eigentums überzeugt nicht. Der "relative Eigentümer" wird nämlich auch Dritten gegenüber durchaus als Eigentümer behandelt. So kann sich bei dem Ausgangsfall v. Tuhrs, der relativen Unwirksamkeit nach § 135 BGB, der Verbotsgeschützte anerkanntermaßen auch dem Erwerber gegenüber darauf berufen, für ihn sei noch der Veräußerer Eigentümer. Ebenso kann bei der Treuhand der TG das Treugut mit Wirkung

170) aaO, S.170.

171) vgl. dazu auch Siebert, S.332.

172) Wolff-Raiser, § 88 IV; zustimmend Enneccerus-Nipperdey, § 148 II 1 a (S.923); Nipperdey, S.312; Lehmann, Allg.Teil, § 27 II 4 b.

Ähnlich de lege ferenda auch Siebert, Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentages II, S.55. Offengelassen in BGH, JZ 54, 438 = NJW 54, 191 (insoweit bei BGHZ 11, 37 ff nicht abgedruckt). Erstmalig hatte v. Tuhr (Bd.I, S.70 ff, inbes. S.72, Bd.II, 1, S.330 ff) eine "Duplizität des Subjekts" u.a. bei der relativen Unwirksamkeit nach § 135 BGB angenommen, sie jedoch noch ausdrücklich auf gesetzlich bedingte Fälle beschränkt und ihre rechtsgeschäftliche Entstehung wie insbesondere durch fiduziarische Rechtsgeschäfte abgelehnt.

gegen die Gläubiger des TH aussondern.

Selbst wenn man aber Wolff folgen wollte, wäre damit nichts zum Schutz des TG gegen bösgläubige Erwerber gewonnen, da er Dritten gegenüber gerade nicht als Eigentümer auftreten könnte. Wolff selbst hat aus seiner These offenbar auch keine Ansprüche des TG gegen den D herleiten wollen.¹⁷³⁾

3. Anderweitige Zulassung dinglicher Wirkungen

Kommt die Anerkennung neuer dinglicher Rechte de lege lata sonach nicht in Betracht, so fragt sich, ob eine dogmatische Neuorientierung auf anderen Wegen erreicht werden kann. Dabei könnte man an eine "verdrängende" Vollmacht, an dinglich wirkende Verfügungsbeschränkungen und an die Vermutung einer Resolutivbedingung denken.

a) Die verdrängende Vollmacht

Versuchen wir zunächst wieder, die wirtschaftliche Vermögenszugehörigkeit des Treugutes auch juristisch zum Ausdruck zu bringen und deshalb den TG als Eigentümer zu betrachten, so muß an das Institut der Stellvertretung angeknüpft werden. Schon oben ist gezeigt worden, daß ein Treuhandverhältnis in gewissen Fällen durch eine offene Stellvertretung ersetzt werden kann.¹⁷⁴⁾

Fragt man, ob das nicht in stärkerem Maße geschehen könne, so stößt man auf zwei Hindernisse. Erstens ist die Stellvertretung nämlich wegen

173) Das betont auch Siebert, S.336.

174) vgl. oben S. 48 f.

des Offenheitsprinzips für eine Verwaltungstreuhand mit Verbergungs- oder Umgehungsfunktionen nicht zu gebrauchen. Zweitens ist sie ganz allgemein für Sicherungszwecke unbrauchbar, da die konkurrierende Zuständigkeit des P dem Sicherungsbedürfnis des V zuwiderläuft und wegen § 137 BGB nicht auszuschließen ist.

Der zweitgenannte Gesichtspunkt ist nun neuerdings von Müller-Freienfels bekämpft worden.¹⁷⁵⁾ Er hält es entgegen herrschender Lehre und den von ihr aus § 137 hergeleiteten Bedenken¹⁷⁶⁾ für möglich, daß eine unwider-
rufliche Vollmacht die Zuständigkeit des P mit dinglicher Wirkung "ver-
drängt". Denn alleiniger Zweck des § 137 sei es, "zu verhüten, daß Gegen-
stände durch private Vereinbarung dem Rechtsgeschäftsverkehr entzogen
werden".¹⁷⁷⁾ Das geschehe aber gar nicht, wenn P mit V vereinbare, daß
er über ein einzelnes Recht nur mit Zustimmung des V verfügen dürfe. Das
Recht bleibe hier "durchaus veräußerlich", es werde "nur unter bestimmte
Verfügungsmodifikationen gestellt".¹⁷⁸⁾ Die Sicherungstreuhand könne al-
so weitgehend durch eine solche verdrängende Vollmacht ersetzt werden.¹⁷⁹⁾
Dieser Weg werde den beiderseitigen Parteiinteressen besser gerecht und sei
zudem lebensnäher und einfacher.¹⁸⁰⁾ Will man nicht nur mit dem Wortlaut
des § 137 operieren,¹⁸¹⁾ so kann man diese Ansicht nicht mit einem bloßen
Hinweis auf jene Bestimmung ablehnen. Entscheidend ist dann vielmehr, ob
eine verdrängende Vollmacht den oben gezeigten Schutzzwecken des § 137
zuwiderläuft.

aa) Das wird man mit Müller-Freienfels verneinen müssen, soweit es um
das Gebot der Verkehrsfähigkeit geht. Das Sicherungsgut wird hier nicht ex-
tra commercium gestellt, sondern - ohnehin nur vorübergehend - der Verfü-
gungsgewalt des V unterworfen. Daneben mag P sogar für gewisse, im Wirt-

175) aaO, S.124-155.

176) vgl. etwa Staudinger-Coing, § 168 Anm.12 b; weitere Nachweise
bei Müller-Freienfels, S.132, Anm.124.

177) aaO, S.130.

178) aaO, S.131.

179) aaO, S.141.

180) aaO, S.143 f.

181) vgl. oben S. 121.

schaftsprozeß erforderliche Verfügungen zuständig bleiben. Im übrigen kann P jedenfalls mit Zustimmung des V jede beliebige Verfügung vornehmen.¹⁸²⁾ Man wird Müller-Freienfels aber entgegenhalten müssen, daß § 137 nicht nur die Verkehrsfähigkeit gewährleisten will, sondern, wie oben gezeigt, auch den Gläubigerschutz und überhaupt die Sicherheit und Klarheit des Rechtsverkehrs.

bb) Wenden wir uns zunächst dem Gebot der Klarheit und Sicherheit im Rechtsverkehr zu, so ergeben sich bereits Bedenken gegen die verdrängende Vollmacht. Man kann zwar schwerlich einwenden, sie schaffe eine unklare, also für den Geschäftspartner des P nicht erkennbare, dingliche Rechtslage. Denn zu der gleichen Unklarheit führt, wie Müller-Freienfels zu Recht betont,¹⁸³⁾ auch eine Sicherungsübereignung. Immerhin besteht ein wichtiger Unterschied: Eine Vollmacht ermöglicht auch Verfügungen über Immobilienrechte. Sie würde also - etwa als Auflassungsvollmacht - die Publizität der Verpfändung nicht nur wie die Sicherungsübereignung im Mobiliarsachenrecht, sondern auch im Liegenschaftsrecht beseitigen. Das aber kommt rechtspolitisch nicht in Betracht. Allenfalls im Hinblick auf das Mobiliarsachenrecht bleibt also zu fragen, ob die Verkehrssicherheit gewährleistet werden kann, ob also der gute Glaube der Geschäftspartner des P geschützt werden kann, obgleich das Gesetz den guten Glauben an die Verfügungsmacht des Eigentümers nur in hier nicht gegebenen Ausnahmefällen schützt.¹⁸⁴⁾ Müller-Freienfels will das offenbar bejahen.¹⁸⁵⁾ In der Tat braucht die Frage nicht etwa deshalb verneint zu werden, weil der gute Glaube an die Verfügungsmacht des Eigentümers nach einem allgemeinen Grundsatz ungeschützt bleiben müsse. Das Fehlen eines solchen

182) Aus diesem Grunde spricht Müller-Freienfels von bloßen "Verfügungsmodifikationen" (aaO S.131). Fragwürdig ist allerdings der Hinweis auf die Zulässigkeit solcher Verfügungsmodifikationen bei den gesetzlichen Verwaltungen (aaO S.131 Anm.123), da doch unstrittig ist, daß § 137 sich nur gegen rechtsgeschäftliche Vereinbarungen richtet.

183) aaO, S.137.

184) Übersicht über diese Ausnahmen etwa bei Palandt-Hoche, Anm.3a vor § 929.

185) aaO, S.133.

Gutgläubensschutzes bei gewissen gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen beruht nur darauf, daß dort die Interessen des durch die Verfügungsbeschränkung Geschützten schutzwürdiger sind als die Erwerbsinteressen gutgläubiger Dritter.¹⁸⁶⁾ Ein V, der eine verdrängende Vollmacht erhält, könnte einen solchen Vorzug seiner Interessen nicht beanspruchen. Hier wäre es vielmehr sachgerecht, gutgläubige Erwerber analog der Vorschrift des § 2211 Abs.1 BGB zu schützen. Die Sichertheit des Rechtsverkehrs würde dadurch nicht stärker als bei einer Sicherungsübereignung beeinträchtigt. Auch dort kann nur ein Gutgläubiger vom Sicherungsgeber erwerben.

cc) Es bleibt das Gebot des Gläubigerschutzes. Die Frage ist hier, ob V eine verdrängende Vollmacht auch den Gläubigern des P entgegenhalten, den Gegenstand also auch noch dann verwerten kann, wenn es auf Betreiben der Gläubiger zu einer Pfändung oder Konkureröffnung gekommen ist. Ist sie zu bejahen, so wird das Gebot des Gläubigerschutzes berührt. Ist sie zu verneinen, so bietet die verdrängende Vollmacht dem V keine wirkliche Sicherung und keine brauchbare Alternative zu einer Sicherungsübereignung.¹⁸⁷⁾

Nach der im deutschen Recht fast allgemein vertretenen Ansicht setzt nun auch eine eigennützige Vollmacht den V nicht in den Stand, noch nach einer Pfändung oder Konkureröffnung über den Gegenstand zu verfügen.¹⁸⁸⁾ Man stützt sich dabei insbesondere auf drei Argumente. Erstens: Der P selbst verliert durch die Pfändung (Verstrickungswirkung) oder Konkureröffnung (§ 6 KO) die Verfügungsberechtigung über den Gegenstand. Damit entfällt zugleich die Verfügungsberechtigung des V. Denn "keinesfalls kann der Bevollmächtigte in Vertretung des Machtgebers Befugnisse ausüben, die dem Machtgeber selber nicht zustehen. Das liegt im Wesen der Vollmacht."¹⁸⁹⁾

186) Beispielsweise bei dem Schutz von Minderjährigen, Geschäftsunfähigen, Ehegatten bei gesetzlichem Güterstand (§§ 1365, 1369 BGB), Nachlaßgläubigern bei der Nachlaßverwaltung (§ 1984 BGB) und Konkursgläubigern (§ 7 KO hinsichtlich des Mobiliars).

187) so auch Müller-Freienfels, S.332.

188) vgl. etwa Wolff-Raiser, § 179 III 3; weitere Nachweise und rechtsvergleichendes Material bei Müller-Freienfels, S.325 ff.

189) so etwa Jaeger, § 7 Anm.5.

Zweitens; Die Verfügungsberechtigung wird dem P in den genannten Fällen entzogen, um die Gläubiger zu schützen. Dieser Zweck könnte durchkreuzt werden, wenn nicht zugleich die Verfügungsberechtigung eines Bevollmächtigten entfielen. Drittens; Gemäß §§ 23 KO, 168 BGB erlischt eine Vollmacht mit der Konkurseröffnung über das Vermögen des P auch dann, wenn sie im Interesse des V oder eines Dritten erteilt und unwiderruflich ist.¹⁹⁰⁾

Müller-Freienfels hat demgegenüber angenommen, eine eigennützige Vollmacht werde durch den Zugriff der Gläubiger des P nicht berührt. Bei einer verdrängenden Vollmacht müsse die Wirkung der gegen P gerichteten Zwangsverfügungen beschränkt werden. Je nach der Sicherungs- oder Befriedigungsfunktion der Vollmacht sei V durch ein Absonderungs- oder Aussonderungsrecht zu schützen.¹⁹¹⁾ Seine Kritik erscheint berechtigt, soweit sie dem Hinweis auf §§ 23 KO, 168 BGB entgegengesetzt, daß einer eigennützigen Bevollmächtigung kein Auftragsverhältnis zugrunde liege und § 23 KO deshalb nicht anwendbar sei.¹⁹²⁾ Trotzdem spricht aber wohl folgendes entscheidend gegen ein Absonderungs- bzw. Aussonderungsrecht des V; Eine Vollmacht, die nicht nur die konkurrierende Zuständigkeit des P verdrängt, sondern auch die ungesicherten Gläubiger des P ebenso zurücksetzt wie ein Pfandrecht oder eine Sicherungsübereignung, erfüllt die gleichen Aufgaben wie ein Pfandrecht. Das Institut der Stellvertretung würde damit eine Funktion erhalten, die ihm vom Gesetzgeber nicht zugedacht und nach der bisherigen Praxis auch nicht zugefal-

190) vgl. Böhle-Stamschräder, KO, § 23 Anm.8 und Mentzel-Kuhn, § 23 Anm.7 unter Berufung auf RG LZ 1910, 216; ferner die beiden alten Entscheidungen RGZ 31, 164 (166) und OLG Braunschweig, SeuffA 48 (1893) Nr.260; dazu auch schon oben S. 47 f.

191) aaO, S.332.

192) aaO, S.332 f; anders wollen Palandt-Gramm, § 662 Anm.6a bei Sicherungsabtretung bzw. -übereignung unter Berufung auf RGZ 116, 330 (331) stets ein Auftragsverhältnis annehmen. Rücksichtspflichten des TH bzw. V müssen aber nicht zwangsläufig auf Auftragsvorschriften basieren.

len ist. Eine solche Funktionsverschiebung kann nur in Betracht kommen, wenn sie dringend erforderlich ist. Das ist nicht der Fall. Aus der Sicht der Praxis ist eine Vollmacht mit Pfandrechtscharakter vielmehr entbehrlich, wenn man treuwidrige Verfügungen in der oben vorgeschlagenen Weise behandelt. Aus der Sicht der Lehre bringt sie keine wesentlichen Vorteile bei der dogmatischen Bewältigung des Treuhandrechts. Sie vermeidet zwar den Machtüberschuß des TH, verlangt aber in fragwürdigem Umfang Entscheidungen contra oder zumindest praeter legem. So muß der Wortlaut des § 137 übergegangen, der gute Glaube an die Verfügungsmacht des Eigentümers geschützt und schließlich die eigennützige Vollmacht als eines der in §§ 805, 771 ZPO, 43, 46 KO genannten Rechte behandelt werden. Das alles sollte nicht allein deshalb in Kauf genommen werden, weil man den Machtüberschuß des TH vermeiden möchte. In rechtspolitischer Hinsicht schließlich ist eine Vollmacht mit Pfandrechtscharakter sogar gefährlich, weil sie die Publizität der Verpfändung auch im Liegenschaftsrecht beseitigt.

Die Sicherungstreuhand sollte demnach nicht durch eine verdrängende Vollmacht ersetzt werden.

b) Dingliche Verfügungsbeschränkungen

Ist eine fiduziarische Vollrechtsübertragung nun bei einer Treuhand mit Sicherungs-, Verbergungs- oder Umgehungsfunktion unvermeidbar, so bleibt die Frage nach der Zulässigkeit einer vertraglich vereinbarten, dinglich wirkenden Verfügungsbeschränkung des TH. Einer solchen Verfügungsbeschränkung steht nach allgemeiner Ansicht § 137 entgegen.¹⁹³⁾ Stellt man indes auch hier auf den Schutzzweck des § 137 ab, so ist das keineswegs zwingend. Betrachten wir zunächst das Gebot der Klarheit und Sicherheit des Rechtsverkehrs; Die Klarheit des Rechtsverkehrs, genauer gesagt die Offenkundigkeit dinglicher Rechtsbeziehungen, ist im Mobiliarrecht nicht erst seit der Zulassung der Sicherungsübereignung weitgehend

193) vgl. etwa Enneccerus-Nipperdey, § 148 II bei Anm.27; Palandt-Hoche, Einf. vor § 929 Anm.7 B a; Siebert, S.407, 418 f.

beseitigt.¹⁹⁴⁾ Es kann hier also nur darum gehen, die dinglichen Verfügungsbeschränkungen im Liegenschaftsrecht offenkundig zu machen. Eine entsprechende Grundbucheintragung wäre nun durchaus denkbar.¹⁹⁵⁾ Damit wäre für das Liegenschaftsrecht zugleich die Verkehrssicherheit gewährleistet, da Dritte sich auch insoweit auf das Grundbuch verlassen könnten. Außerhalb des Liegenschaftsrechts bedürfen Dritte hingegen eines Gutgläubensschutzes. Dabei ist es auch hier möglich und sachgerecht, den guten Glauben an die Verfügungsmacht des Eigentümers *praeter legem* zu schützen.¹⁹⁶⁾ Die Interessen eines TG, der zu seinem eigenen Schutz Verfügungsbeschränkungen des TH vereinbart, können dem Erwerbsinteresse gutgläubiger Dritter nicht vorgehen. Eine Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit kann man auch nicht darin erblicken, daß es überhaupt zu Rechtsstreitigkeiten über die Voraussetzungen gutgläubigen Erwerbs in der Person des D kommen kann. Solche Streitigkeiten sind in jedem Falle unvermeidbar, wenn man das Problem treuwidriger Verfügungen befriedigender lösen will als bisher. Es kann keinen Unterschied machen, ob es dabei um die Voraussetzungen gutgläubigen Erwerbs, sittenwidriger Schädigung oder eines Verstoßes gegen Treu und Glauben geht.

Im Hinblick auf das Gebot der Verkehrsfähigkeit läßt sich sagen, daß eine dingliche Verfügungsbeschränkung zwar gewisse Verfügungen über das Treugut unmöglich macht, es aber keineswegs *extra commercium* stellt. Das wird besonders bei einer im Interesse des TG errichteten Verwaltungstreuhand deutlich. Dort kann der TG jede ihm wünschenswerte Verfügung ermöglichen, indem er durch einen Vertragszusatz die Verfügungsmacht des TH erweitert oder durch Kündigung des Innenverhältnisses sein eigenes unbeschränktes Verfügungsrecht wieder herstellt. Bei einer Sicherungstreuhand kann er zwar das Innenverhältnis nicht kündigen und an einer Erweiterung der Verfügungsmacht des TH kein Interesse haben. Beide Seiten ziehen dort aber die Sicherungsübereignung einem Besitzpfandrecht gerade vor, um das Sicherungsgut nicht dem Wirtschaftsprozeß entziehen zu müssen. Wenn die Verkehrsfähigkeit also eine volkswirtschaftlich sinnvolle Ausnutzung des Sicherungsgegenstandes ermöglichen soll,¹⁹⁷⁾ so entspricht eine Sicherungsübereignung unter dinglicher Beschränkung der Verfügungs-

194) vgl. Giehl, S.364 f und Hübner, S.56 ff.

195) unten S.145 f.

196) oben S.134 f.

197) oben S.122.

macht des TH dieser Forderung sogar besser als eine Verpfändung mit Besitzübergabe. Es kommt hinzu, daß eine Sicherungstreuhand nur vorübergehenden Zwecken dient und der TG nach Tilgung der gesicherten Forderung wieder unbeschränkt Verfügungsberechtigt ist. Kommt es zur Verwertung des Sicherungsgutes, so erhält der Erwerber die unbeschränkte Verfügungsberechtigung.

Schließlich kann auch das Gebot des Gläubigerschutzes einer dinglichen Verfügungsbeschränkung nicht im Wege stehen, da den Gläubigern des TH der Zugriff auf das Sicherungsgut nach den allgemein für die Fiduzia geltenden Grundsätzen ohnehin verwehrt ist.

Dingliche Verfügungsbeschränkungen sollten somit für zulässig erachtet werden, weil sie die Schutzzwecke des § 137 nicht beeinträchtigen. Sie sollten ausdrücklich vereinbart werden können und im übrigen angesichts der Parteiinteressen weitgehend vermutet werden. Das Verfolgungsrecht des TG ließe sich dann dogmatisch sauber fassen und wäre zudem auch in Fällen fahrlässiger Unkenntnis des D dinglicher Natur, also auch Gläubigern und späteren, bösgläubigen Erwerbern gegenüber wirksam.

c) Die Vermutung einer Resolutivbedingung

Es ist bereits gezeigt worden, daß die Vereinbarung einer Resolutivbedingung hinreichenden Schutz gegen treuwidrige Verfügungen gewährt.¹⁹⁸⁾ Deshalb bleibt zu erörtern, ob sich das Verfolgungsrecht nicht auch durch die Vermutung einer solchen Bedingung erfassen läßt.

Hierbei ist nach dem Inhalt der jeweiligen Bedingung zu unterscheiden. Im Vordergrund stehen Bedingungen, die das Sicherungsgut mit Fortfall des Sicherungszweckes an den SG zurückfallen lassen. Für sie ist die Frage umstritten. Eine vordringende Auffassung will eine solche Bedingung im

198) vgl. oben S. 29 f.

Zweifel vermuten.¹⁹⁹⁾ Ebenso häufig wird aber auch die gegenteilige Ansicht vertreten.²⁰⁰⁾

Man wird die erstgenannte Ansicht vorziehen müssen. Sie stützt sich zu Recht auf eine Analogie zur Regelung des Eigentumsvorbehalts (§ 455 BGB) und auf den aus der beiderseitigen Interessenlage zu vermutenden Parteiwillen. Das Argument der Gegenseite, die Parteien müßten ein Pfandrechtsverhältnis vereinbaren oder sich der Eigengesetzlichkeit der Fiduzia unterwerfen,²⁰¹⁾ erscheint demgegenüber formalistisch. Es vernachlässigt vor allem das Schutzbedürfnis des SG gegenüber treuwidrigen Verfügungen.²⁰²⁾ Zu Recht hat die Gegenseite allerdings betont, daß eine Auslegung nur in unklaren oder lückenhaften Vertragspunkten möglich ist. Man wird also keine Resolutivbedingung annehmen können, wo der Vertrag eindeutig nur einen obligatorischen Anspruch auf Rückübertragung gibt.²⁰³⁾

Gerade in den praktisch wichtigen Fällen der Bankformulare ist deshalb die Annahme einer Resolutivbedingung ausgeschlossen.²⁰⁴⁾ Wo aber eine

199) so bereits Heck, Sachenrecht, § 107 Anm.4; dann vor allem Lange, NJW 1950, 565; ihm folgend Boehmer, Grundlagen II 2, S.163; Lehmann, Allg. Teil, § 34 II 2 b alpha; Wolff-Raiser, § 179 III 2 a Anm.24; Raiser, Anwartschaften, S.18; Baur, § 57 III 1 b und § 58 I 1 b dd; Würdinger, S.38; Henke, S.42 ff, insbes. S.46 f; vgl. ferner OLG Colmar in Neumanns Jahrb.XVII, S.17 unter d (zitiert nach Friedmann, S.1014).

200) So insbesondere Schütz, S.1541; ferner Westermann, § 43 III 3; Esser, S.424; Palandt-Hoche, vor § 929 Anm.7 C a; Siebert, S.229; Lent, NJW 58, 1182; Opfermann, S.959; weitere Nachweise bei Henke, S.44 Anm.42-
Ebenso auch die herrschende Meinung in der Schweiz (vgl. dazu Gubler, S.263a bei und in Anm.57.)- Auch die Rechtsprechung hat wiederholt verlangt, die Bedingung müsse ausdrücklich vereinbart sein, z.B. in RG 1930, Nr.2145; RG WarnRspr.1910, Nr.17, wohl auch RGZ 99, 142(143).

201) so Schütz, aaO.

202) Dieses Schutzbedürfnis übersieht Schütz offenbar, wenn er ein Bedürfnis für die Resolutivbedingung verneint.

203) a.A. Boehmer, Grundlagen II 2 S.163.

204) vgl. § 11 der Allg.Sicherungsübereignungs-Bedingungen (Muster Nr.394 bei Trost-Schütz, S.508).

derartige Vertragsregelung fehlt, kann eine stillschweigend vereinbarte Resolutivbedingung angenommen werden. Dabei sollte man allerdings § 936 Abs.3 BGB nicht auf das so vermutete Anwartschaftsrecht des TG anwenden, da anderenfalls selbst gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen wäre.²⁰⁵⁾ Ein Verfolgungsrecht ist nur in dem oben entwickelten Umfang, also nur unter Berücksichtigung der Interessen gutgläubiger Erwerber gerechtfertigt.

Anderes gilt für solche Bedingungen, die das Treugut bei treuwidrigen Verfügungen an den TG zurückfallen lassen. Ob auch sie vermutet werden können, ist im Schrifttum kaum erörtert worden.²⁰⁶⁾ Für die Vermutung einer derartigen Bedingung spricht zwar ihre umfassende Brauchbarkeit. Denn anders als bei der vorgenannten Bedingung würde die Vermutung den TG hier nicht nur in praktisch seltenen Fällen eigennütziger Treuhand, sondern bei allen fiduziarischen Rechtsverhältnissen gegen treuwidrige Verfügungen schützen. Dennoch kann man eine solche Bedingung nicht vermuten. Denn erstens kann man sich hier nicht auf eine Analogie zu § 455 BGB berufen. Zweitens handelt es sich hier im Gegensatz zu der erstgenannten Bedingung nicht notwendigerweise um eine Vertragslücke. Darüber, wie ein TG sein Eigentum nach Schuldtilgung zurückerhält, muß eine Vertragsbestimmung getroffen werden. Auf die Festlegung der Rechtsfolgen einer treuwidrigen Verfügung kann dagegen verzichtet werden, etwa weil eine treuwidrige Verfügung nahezu ausgeschlossen erscheint,²⁰⁷⁾ oder der TG sich mit dem etwaigen Schadensersatzanspruch gegen den TH zufrieden gibt. Drittens wäre die Vermutung einer Resolutivbedingung wohl lebensfremd, wenn die Parteien treuwidrigen Verfügungen auch über den weniger konstruierten Weg einer dinglich wirkenden Verfügungsbeschränkung vorbeugen können.

Eine stillschweigende Resolutivbedingung kann demnach nur dort vermutet werden, wo eine Sicherungstreuhand ausnahmsweise nicht einen nur obligatorischen Anspruch auf Rückübertragung vorsieht.

205) vgl. oben S.30 bei und in Anm. 114.

206) vgl. aber Würdinger, S.38, der die Frage bejaht.

207) Man denke etwa an Sicherungsübereignungen zugunsten renommierter Banken oder an eine Verwaltungstreuhand mit Verbergungsfunktion, die ein besonders enges Vertrauensverhältnis voraussetzt und den TH häufig wirtschaftlich vom TG abhängig macht.

4. Ergebnis

Unsere Überlegungen zur Treuhanddogmatik führen also zu folgendem Ergebnis: Die Rechtsprechung kann das gesuchte Verfolgungsrecht auf keinem anderen Wege als über die Generalklauseln begründen. Aus der Subsidiarität der Generalklauseln ergeben sich deshalb keine Bedenken gegen die oben vorgeschlagene Lösung.

Die Lehre hat de lege lata keine Möglichkeit, das Treuhandrecht dogmatisch befriedigend zu erfassen. Ein Verfolgungsrecht des TG könnte aber unbeschadet des § 137 BGB durch die Annahme einer dinglichen Verfügungsbeschränkung untermauert werden.

IV. Die Erkundigungspflichten des D

Wenden wir uns nunmehr wieder dem obigen Lösungsvorschlag zu, so bleibt die Frage, wann von fahrlässiger Unkenntnis des D gesprochen werden kann. Es ist also zu erörtern, welche Umstände den D zu Nachforschungen verpflichten und wie weit diese Nachforschungspflichten gehen. Dabei ist einerseits zu beachten, daß die Kenntnis des D entsprechend den im amerikanischen Recht entwickelten Differenzierungen²⁰⁸⁾ auf drei verschiedenen Ebenen entfallen kann: Erstens mag D schon von der Existenz eines Treuhandverhältnisses nichts wissen. Zweitens mag er zwar die Existenz des Treuhandverhältnisses, nicht aber den Umfang der Befugnisse des TH kennen. Schließlich mag er zwar die Befugnisse des TH kennen, trotzdem aber die vorliegende Pflichtwidrigkeit nicht erkennen.

Andererseits ist zu berücksichtigen, welche Nachforschungspflichten unser Recht dem D in vergleichbaren Situationen, also beim gutgläubigen Erwerb und bei der Anwendung der Mißbrauchslehre, zumutet.

208) vgl. Scott, §§ 296, 297.

1. Die Erkennbarkeit des Treuhandverhältnisses

Ist das Bestehen eines Treuhandverhältnisses in keiner Weise erkennbar, so ist D zu keinerlei Nachforschungen verpflichtet. Es wäre unsinnig und unzumutbar, wenn er sich auch ohne jeglichen Hinweis auf das Bestehen eines Treuhandverhältnisses bei seinem Vertragspartner erkundigen müßte, ob dieser u.U. fiduziarisch für einen anderen auftrete. Erkundigungspflichten setzen also voraus, daß das Treuhandverhältnis offenkundig ist (a), dem D auf andere Weise zur Kenntnis gekommen ist (b) oder zumindest aus den Umständen erkennbar ist (c).

a) Offenkundig ist ein Treuverhältnis im deutschen Recht regelmäßig nicht. Das mag von den Parteien beabsichtigt sein, soweit Verbergungs- oder Umgehungsfunktionen erfüllt werden sollen. Im übrigen fehlt es aber vielfach nur deshalb an der Offenkundigkeit, weil Treuhandverhältnisse nach herrschender Lehre nicht durch Eintragung in öffentliche Register und Urkunden offenkundig gemacht werden können.²⁰⁹⁾ Nachforschungspflichten lassen sich deshalb im Treuhandrecht weit seltener annehmen als bei den Quasitreuhändern und im amerikanischen law of trusts. Bei den Quasitreuhändern ist das Bestehen eines Vertrauensverhältnisses fast immer erkennbar. Im amerikanischen Recht sind verdeckte Trusts die Ausnahme.²¹⁰⁾ Denn die Offenkundigkeit des Trust liegt dort im beiderseitigen Parteiinteresse. Sie dient dem Interesse des Beneficiary, weil dieser anderenfalls treuwidrige Verfügungen zugunsten Gutgläubiger und den Verlust seiner Konkursvorrechte nach der "reputed ownership doctrine"²¹¹⁾ riskiert. Sie liegt gleichfalls im Interesse des Trustee, weil er sich Schadensersatzpflichtig macht, wenn er das Treugut nicht gesondert und "earmarked" verwahrt,²¹²⁾ und weil er eine persönliche Haftung vermeiden kann, wenn er bei Vertragsschlüssen ausdrücklich auf seine Treuhänderstellung hinweist.²¹³⁾ Diesem beiderseitigen Parteiinteresse kommt ent-

209) Näher dazu unten S. 145 f.

210) vgl. auch Gubler, S.324a; Siebert, S.73.

211) dazu Scott §§ 313-315; Bogert, S.696; Gubler, S.328a; Siebert, S.71.

212) vgl. Scott, §§ 179-179, 3; Bogert, S.406 ff.

213) vgl. Scott §§ 262 f; Bogert, S.496.

gegen, daß ein Trust in allen registerfähigen Übertragungsurkunden,²¹⁴⁾ auf allen Namenspapieren²¹⁵⁾ und bei allen Bankkonten²¹⁶⁾ durch den Zusatz "trustee" offenkundig gemacht werden kann.

b) Trotz fehlender Offenkundigkeit des Treuhandverhältnisses sind Nachforschungspflichten möglich, wenn D vom TH oder von einem Dritten²¹⁷⁾ erfahren hat, daß ein Treuhandverhältnis besteht.

c) Schließlich sind besondere Umstände denkbar, aus denen D das Bestehen eines Treuhandverhältnisses folgern muß. Solche Hinweise können sich aus der Person und Stellung des Veräußerers ergeben. Verfügt beispielsweise ein Vereinsvorstand oder eine von den Gewerkschaften gegründete Treuhandgesellschaft²¹⁸⁾ über eigenes Vermögen, so muß mit dem Bestehen eines Treuhandverhältnisses gerechnet werden.²¹⁹⁾ Bei der Sicherungstreuhand muß zwar noch nicht daraus auf ein Treuhandverhältnis geschlossen werden, daß der Veräußerer nicht Besitzer der Sache ist. Verdacht muß es aber erregen, wenn die veräußerten Gegenstände für den Geschäftsbereich des SN betriebsfremd, für den des SG dagegen betriebsnotwendig sind. Veräußert beispielsweise eine Bank Waren, die zum typischen Warenbestand des unmittelbaren Besitzers gehören oder gar notwendige Betriebsmittel des unmittelbaren Besitzers sind, so muß D mit dem Vorliegen einer bloßen Sicherungsübereignung rechnen.

214) insbesondere also bei "deeds" und "mortgages". Einzelheiten sind durch die verschiedenen recording statutes geregelt; vgl. dazu Bogert, S.668 und Scott, § 297.1.

215) Bogert, S.667 bei Anm.55; Scott, § 297.3 (S.2214).

216) vgl. Scott, § 297.3 (S.2215).

217) so etwa in der amerikanischen Entscheidung Federal Trust Co.v. Ireland, 124 Nebr 369, 246 NW 707 (1933).

218) vgl. dazu oben S. 4.

219) Das amerikanische Recht nimmt auch bei "gross inadequacy of consideration" Nachforschungspflichten an (vgl. die Beispiele bei Scott, § 298.4 Anm.2 und bei Bogert, S.670 Anm.73.) Im deutschen Recht würde das aber wohl im Ergebnis zu stark an den Gedanken der "laesio enormis" heranführen.

d) Sind Nachforschungspflichten des D also auf den vorbezeichneten Rahmen beschränkt, so stellt sich die Frage, ob man im Interesse des TG nicht auch im deutschen Recht zu einer stärkeren Publizität des Treuhandverhältnisses kommen kann.

Dabei ist zunächst zu fragen, ob die Existenz eines Treuhandverhältnisses im Grundbuch durch einen entsprechenden Zusatz vermerkt werden kann. Eine frühere Ansicht hat das bejaht, soweit im Einzelfall kein Zweifel darüber bestand, daß allein der Eingetragene dinglich berechtigt sein sollte.²²⁰⁾ Heute wird das jedoch in Praxis und Lehre allgemein abgelehnt²²¹⁾ und allenfalls de lege ferenda erörtert.²²²⁾ Dabei stützt man sich auf die beiden folgenden Argumente: Erstens sei der Zusatz "Treuänder" bedeutungslos, weil eine rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung gemäß § 137 BGB Dritten gegenüber unerheblich sei. Bedeutungslose Zusätze seien im Interesse der Klarheit des Grundbuchs unzulässig. Zweitens sei die zusätzliche Eintragung des TG unzulässig, weil anderenfalls unklar werde, wer der dinglich Berechtigte sei.

Das ist nicht überzeugend. Das erstgenannte Argument erscheint formal und der Fortentwicklung des Treuhandrechts hinderlich.²²³⁾ Richtig ist zwar, daß das Grundbuch die dinglichen Rechtsbeziehungen klarlegen soll und der fragliche Zusatz nach allgemeiner Ansicht keine dinglichen

220) RG Recht 1917 Nr.2013; KG JFG 7, 299 (301) (1930); KG OLGRspr. 18, 186 (187) (1908); OLG Karlsruhe, JFG 8, 352 (354) (1931); Siebert, S.376; v.Rozycki-v.Howel, S.199; Arnheim, S.642; neuerdings wieder Bolgar, S.214.

221) Grundlegend KG JW 1933, 2464 = JFG 11, 273 = DNotZ 33, 814. Zustimmend KG JFG 14, 332 (336) = DNotZ 1937, 54 (55); OLG München, JFG 16, 291 (293) (1937); OLG Hamm, Rpfleger 1954, 464; OLG Düsseldorf, DNotZ 1955, 540.
Ferner Henke-Mönch-Horber, Anh. zu § 44 Anm.2 D b und vor § 13 Anm.6 C c; Güthe-Triebel vor § 13 Anm.88; Meikel, § 3 Anm.279; Palandt-Hoche, § 1113 Anm.4a und § 1115 Anm.3; Ahlbäumer, S.11; Krämer-Illner, S.250 Ziff.7; Haegeler, KTS 1960, 145.

222) so etwa Haemmerle, S.609 ff; Ammann, S.165.

223) so auch Fleischmann, S.610.

Wirkungen entfaltet. Die Offenbarung obligatorischer Rechtsbeziehungen im Grundbuch wird aber nur deshalb abgelehnt, weil auch deren Kenntnis den D nicht berührt. Wenn wir demgegenüber oben angenommen haben, daß Kenntnis und sogar fahrlässige Unkenntnis eines Treubruchs den D berühren, so muß das Bestehen eines Treuhandverhältnisses also eintragbar sein. Erst recht gilt das, wenn man dem obigen Vorschlag folgend dingliche Verfügungsbeschränkungen für zulässig hält. Sicherlich soll D im Liegenschaftsverkehr nicht ungebührlich belastet werden. Das Ausmaß seiner Erkundigungspflichten ist aber eine andere Frage. Auch das zweite Argument der herrschenden Lehre ist nicht stichhaltig. Denn die zusätzliche Eintragung des TG, die dem D die Nachforschungen erheblich erleichtern würde, braucht keineswegs Unklarheit über die Person des dinglich Berechtigten zu schaffen. Beispielsweise könnte der TH mit dem Zusatz "als treuhänderischer Eigentümer für . . ." eingetragen werden.

Ganz entsprechend liegen die Dinge im Hinblick auf Eintragungen in der Patentrolle. Nach Ansicht des großen Senats des Reichspatentamtes²²⁴⁾ sollen durch die Rolle nur "das formell-juristische, nicht das wirtschaftliche Recht am Patent" ausgewiesen werden. Hinweise auf eine auflösende Bedingung oder überhaupt auf das Treuhandverhältnis seien daher "nicht erforderlich und (hätten) daher zu unterbleiben". Auch hier sollte man aber Hinweise auf das Treuhandverhältnis für eintragbar halten, weil dadurch auch hier der Schutz des TG ohne ungebührliche Belastung des D verbessert werden könnte.

Auch bei Anderkonten läßt sich die Publizität des Treuhandverhältnisses verstärken. Gegenwärtig erscheint auf den Überweisungsträgern und Schecks, mit denen ein TH über ein Anderkonto verfügt, nach einheitlicher Praxis der deutschen Kreditinstitute nur eine Kontonummer.²²⁵⁾ Aus ihr kann also ein Zahlungsempfänger die treuhänderische Bindung des Kontoinhabers nur erkennen, wenn er zufälligerweise das Nummernsystem des kontoführenden Kreditinstituts kennt. Es unterläge aber keinen rechtlichen Bedenken, das Konto auf der Kontokarte, den Überweisungsträgern und Schecks ausdrücklich als Treuhandkonto zu bezeichnen und sogar die Person des TG anzugeben. Das berechnigte Interesse des Kreditinstituts an

224) Beschluß vom 20.1.1931, Bl.f.PMZ 1931, 22 (24).

225) Auskunft des Bundesverbandes des Privaten Bankgewerbes e.V. vom 30.4.1963.

der ausschließlichen Verfügungsbefugnis des Kontoinhabers sowie am Ausschluß eigener Haftung für treuwidrige Verfügungen des Kontoinhabers²²⁶⁾ ließe sich auch in diesem Falle gewährleisten. Der Schutz des TG ist freilich auf diesem Wege kaum zu verstärken. Will nämlich der Inhaber eines Anderkontos Geld veruntreuen, so kann er in jedem Falle Bargeld abheben oder die Überweisung über ein gewöhnliches Konto laufen lassen und so die Herkunft des Geldes verschleiern.

Auch im Handelsregister ließe sich das Bestehen eines Treuhandverhältnisses vermerken. Offenkundigkeit wäre damit aber nicht erreicht, da das Handelsregister im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nicht eingesehen wird und eine dahingehende Verpflichtung dem D nicht auferlegt werden kann. Läßt sich aber der Schutz des TG nicht verbessern, so ist die Eintragung von Zusätzen im Handelsregister überflüssig und abzulehnen.

Ähnliches gilt für Order- und Namenspapiere. Sie könnten ebenso wie im amerikanischen Recht mit dem Zusatz "Treuhänder" versehen werden und das Treuhandverhältnis damit offenkundig gemacht werden. Das allein kann den D zwar noch nicht zu Nachforschungen verpflichten,²²⁷⁾ weil anderenfalls die Umlaufsfähigkeit erheblich beeinträchtigt würde. Es gibt aber Umstände, unter denen der Verdacht eines Mißbrauchs, sofern die Existenz eines Treuhandverhältnisses bekannt ist, besonders naheliegt und D zu Nachforschungen verpflichtet. Im Hinblick auf derartige Fälle, zu denen vor allem erkennbar im Eigeninteresse des TH liegende Verfügungen gehören, erscheint der Zusatz "Treuhänder" also auch auf Namens- und Orderpapieren zweckmäßig.

226) vgl. dazu Ziff. 6 und 7 der Geschäftsbedingungen für Anderkonten und Anderdepots von Rechtsanwälten, Notaren und Treuhändern (Fassung Dez. 1962).

227) Ebenso das amerikanische Recht; vgl. unten bei Anm. 233.

2. Die Erkennbarkeit der Befugnisse des TH

Ist das Treuhandverhältnis offenkundig oder dem D bekannt bzw. erkennbar, so stellt sich die Frage, ob und unter welchen Umständen D sich nach den Befugnissen des TH erkundigen muß.

Das amerikanische law of trusts geht hier von weitgehenden Erkundigungspflichten aus. Der D muß sich dort grundsätzlich nach den "terms of the trust" erkundigen, wenn ihm das Treuhandverhältnis bekannt oder erkennbar ist und er dem Vorwurf von constructive notice entgehen will.²²⁸⁾ Beispielsweise muß er, wenn der Trust durch eine testamentarische oder vertragliche Urkunde geschaffen worden ist, sich diese Urkunde vorlegen lassen und im Falle ihrer Registrierung das Register einsehen.²²⁹⁾ Ferner muß er versuchen, die Person des Beneficiary aufzudecken und ausfindig zu machen.²³⁰⁾ Fehlen objektive Hinweise auf die Person des Beneficiary, so muß er zumindest vom Trustee Erkundigungen einholen. Das soll sogar gelten, wo der D von einem Rechtsnachfolger des Trustee erwirbt.²³¹⁾

In gewissen Fällen verpflichtet allerdings die bloße Kenntnis vom Bestehen eines Trust noch nicht zu Nachforschungen. Das gilt insbesondere zugunsten der Umlaufsfähigkeit von Wertpapieren und der Veräußerlichkeit von Grundstücken. Überträgt beispielsweise irgendein "fiduciary"²³²⁾ ein

228) Restatement § 297 f-j; Scott, § 297.4; Bogert, S.680; Am.Jur.54, Trusts, § 269.

229) Scott, aaO; Am.Jur. aaO.

230) so jedenfalls die ältere Entscheidung *Maples v. Madlin*, 3 Am.Dec. 687 (zitiert nach Am.Jur. 54, Trusts, § 269 Anm.6).

231) Besonders weitgehend etwa *Sternfels v. Watson*, 139 F 505 (C.C., D.Oregon 1905). - Dort hatte der Trustee unbefugt eine Hypothek bestellt. Noch bei deren viertem Erwerber wurde constructive notice angenommen, weil er zwar seinen unmittelbaren Rechtsvorgänger, dessen Anwalt und einen "examiner of title" befragt (!), nicht aber den besagten Trustee selbst aufzufinden versucht hatte.

232) Der Begriff umfaßt nicht nur alle Trustees, sondern alle treuhänderischen Verwalter. Vgl. die Legaldefinition in Uniform Fiduciaries Act, § 1.

negotiable instrument, in dem er ausdrücklich als solcher bezeichnet ist, so braucht sich der Erwerber nach dem Uniform Fiduciaries Act erst dann nach den Befugnissen des fiduciary zu erkundigen, wenn er darüber hinaus weiß, daß die Übertragung der Tilgung bzw. Sicherung persönlicher Schulden des fiduciary oder sonstwie dessen persönlichem Vorteil dient.²³³⁾ Ebenso entbinden statutes zahlreicher Einzelstaaten den D dort seiner Erkundigungspflicht, wo im Immobilienrecht eine Übertragungsurkunde lediglich den Zusatz "trustee", nicht aber Angaben über die Person des Beneficiary und die Befugnisse des Trustee enthält.²³⁴⁾

Es wäre nun denkbar, derartige Nachforschungspflichten auch im deutschen Recht anzunehmen. De lege ferenda käme insbesondere in Betracht, daß ein Treuhandvertrag schriftlich abgeschlossen werden und D diesen Vertrag einsehen müßte.²³⁵⁾

Trotzdem ist eine grundsätzliche Erkundigungspflicht des D für das deutsche Recht abzulehnen.²³⁶⁾ Sie würde zwar zu keiner untragbaren Störung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs führen.²³⁷⁾ Sie würde aber einer unser Recht kennzeichnenden rechtspolitischen Wertentscheidung widersprechen. Denn unser Recht lehnt entsprechende Nachforschungspflichten auch in

233) vgl. § 4 Uniform Fiduciaries Act; ähnlich auch jeweils die folgenden Bestimmungen; zur teilweise abweichenden Rechtsprechung vgl. Commissioners' Note zu § 6 Uniform Fiduciaries Act in 9 U.L.A. 308, ferner Note 113 zu § 56 Uniform Negotiable Instruments Act in 5 U.L.A. 171 und auch Scott, § 297.6.

234) Scott, § 297.3 Anm.12, 54 Am.Jur., Trusts, § 269 Anm.14.

235) Vorschläge dieser Art bei Friedmann, S.1019 ff, 1101 und bei Gubler, S.377a Anm.87.

236) Wie hier für das schweizerische Recht Gubler, S.377a; a.A. offenbar Heymann, S.43; D handele grob fahrlässig, wenn er die Resolutivbedingung, an die die Rechtsstellung eines amerikanischen Trustee im deutschen Recht geknüpft werden könne, deshalb übersehe, weil er sich nicht anhand der Trusturkunde über die Befugnisse des Trustee informiert habe.

237) so auch Gubler, S.377a.

vergleichbaren Situationen ab, weil es die Interessen des Rechtsverkehrs besonders hoch bewertet.²³⁸⁾

Das zeigt sich zunächst beim Erwerb belasteter Gegenstände. Weiß der Erwerber, daß der Gegenstand mit dem dinglichen Recht eines Dritten belastet ist, so braucht er keine weiteren Nachforschungen anzustellen, da der Inhalt des Rechts und die Befugnisse des Veräußerers zwingend typisiert sind. Gerade darin liegt der Sinn des Typenzwanges. Läßt eine Rechtsordnung dingliche Rechte beliebigen Inhalts zu, so muß sie wie das amerikanische law of trusts vom TG die Offenbarung des Treuhandverhältnisses und von D Erkundigungen nach den Befugnissen des TH verlangen.²³⁹⁾

Auch im Vertretungsrecht und bei den Quasitreuhändern zeigt sich, daß unser Recht Nachforschungspflichten des D ablehnen will. Verhandelt D mit dem Vertreter eines anderen, so weiß er, daß V nicht für eigene Rechnung handelt und seine internen Befugnisse beschränkt sein mögen. Nach der Mißbrauchslehre braucht er sich dennoch nicht nach den Befugnissen des V zu erkundigen, solange nicht besondere Anhaltspunkte für einen Mißbrauch vorliegen. Kontrahiert D mit einem Quasi-TH, so kommt ihm zugute, daß der Gesetzgeber die meisten Quasitreuhänder im Interesse des Rechtsverkehrs mit überschießender Rechtsmacht ausgestattet hat. Auch hier bestehen nach der Mißbrauchslehre nur dann Erkundigungspflichten, wenn der Verdacht eines Mißbrauchs nahelag.

Auch in treuhandrechtlichen Mißbrauchsfällen wird man also Erkundigungspflichten des D nur unter besonderen, verdachterregenden Umständen annehmen können. Für die Frage, aus was für Umständen D Verdacht schöpfen muß, kann man sich dabei auf die zur Mißbrauchslehre ergangenen Entscheidungen stützen. Zu beachten ist freilich, daß die Erkundigungspflichten des D bei rechtsgeschäftlicher Treuhand bzw. Vertretung nicht ebenso weit gehen können wie bei gesetzlichen Vertretern und Verwaltern.²⁴⁰⁾ Denn bei den letzteren ist der Quasi-TG besonders schutz-

238) Lepaulle (S.1145) hat wohl zu Recht behauptet, die rechtspolitische Interessenwertung falle im "civil law" häufig zugunsten der Rechtssicherheit aus, wo sie im common law den Schutz des wahren Berechtigten vorziehe.

239) so auch Gubler, S.373a.

240) Entsprechende Differenzierungen auch bei Stoll, S.129; Egger, S.65; Müller-Freienfels, S.368. - Vgl. ferner oben S.82 f.

bedürftig, weil er den Quasi-TH nicht selbst bestellen und überwachen kann, und andererseits der D weniger schutzbedürftig, weil die Aufgaben und Befugnisse des Quasi-TH infolge der gesetzlichen Regelung des Innenverhältnisses leichter erkennbar sind.

Ebenso wie im Rahmen der Mißbrauchslehre wird der D demnach auch hier vor allem dann Nachforschungen anstellen müssen, wenn der TH mit der Verfügung eigene Schulden²⁴¹⁾ bzw. Schulden Verwandter oder sonstwie nahestehender Personen²⁴²⁾ tilgt oder sichert. Ähnlich liegen die Dinge, wo D selbst mit dem TH verwandt ist oder ihm sonstwie nahesteht.²⁴³⁾ Ferner wird D Nachforschungen anstellen müssen, wo ihm die Tätigkeit,²⁴⁴⁾ Interessen²⁴⁵⁾ oder Rechtsstellung²⁴⁶⁾ des TG bekannt sind und die Verfügung des TH mit ihnen unvereinbar ist.

Die Art der unter solchen Umständen erforderlichen Nachforschungen hängt insbesondere davon ab, ob dem D die Person des TG bekannt ist.

241) vgl. die oben S. 56 f und S. 70 f genannten Entscheidungen, auch S. 97 Anm. 61 und RGZ 71, 221.

242) vgl. die Musikalienverlags-Entscheidung, oben S. 75 bei Anm. 278.

243) vgl. oben S. 60 bei Anm. 230. Ferner BayObLG 1954, 225 (232).
(Der Generalbevollmächtigte mehrerer Miterben hatte deren Grundstücke an seine Ehefrau und seine Tante übertragen).

244) vgl. dazu die Feuerverbands-Entscheidung, oben S. 74 bei Anm. 277.

245) vgl. etwa die schon oben S. 98 erwähnte Entscheidung RGZ 143, 196 (1934): Der V hatte zu seiner persönlichen Bereicherung eine Eigentümergrundschuld der P an D abgetreten, die Fälligkeit der Grundschuld anerkannt und auf Einwendungen gegen die Zwangsversteigerung verzichtet. Der Notar des D konnte dem Grundbuch entnehmen, daß die Vollmacht des V gleichzeitig mit einem Nießbrauch für den Vater des V und einer Grundschuld für den Freund des V bestellt worden und daraufhin die von V betriebene Zwangsvollstreckung aufgehoben worden war. Daraus mußte er nach den Darlegungen des RG erkennen, daß die künstliche Einleitung erneuter Zwangsvollstreckung nicht im Interesse des P liegen konnte.

246) vgl. RG JW 1936, 643 (dargestellt oben S. 97 Anm. 61), wo D u. a. wußte, daß P nur befreite Vorerbin der von V verpfändeten Wertpapiere war.

Ist das nicht der Fall, so muß er zunächst versuchen, bei dem TH einen schriftlichen Treuhandvertrag einzusehen. Ist ein solcher nicht abgeschlossen oder verweigert der TH die Einsichtnahme, so muß D die Person des TG zu erfahren suchen. Nachforschungen über die Person des TG sind allerdings dort abzulehnen, wo der TG auf eine mögliche Offenbarung seiner Person verzichtet hat. Denn die Nachforschungspflichten des D können nicht dadurch verschärft werden, daß der TG vorhandene Möglichkeiten zur Erleichterung der Nachforschungen ungenutzt läßt. Wird also beispielsweise im Grundbuch nur das Bestehen eines Treuhandverhältnisses, nicht aber die Person des TG eingetragen, so sind weitere Nachforschungspflichten dem amerikanischen Recht entsprechend²⁴⁷⁾ abzulehnen.

Kennt D die Person des TG oder kann er sie vom TH in Erfahrung bringen, so muß er sich grundsätzlich bei dem TG nach der Pflichtmäßigkeit der Verfügung erkundigen.²⁴⁸⁾ Unnötig ist das hingegen, wenn sich die Pflichtmäßigkeit der Verfügung schon aus einem schriftlichen Treuhandvertrag ergibt.

3. Die Erkennbarkeit der Pflichtwidrigkeit der Verfügung

Kennt D die Befugnisse des TH oder hätte er sie in Erfahrung bringen müssen, so kann bzw. könnte er vielfach ohne weiteres beurteilen, ob die jeweilige Verfügung pflichtwidrig ist. Es beruht dann also auf Fahrlässigkeit, wenn er die Pflichtwidrigkeit nicht erkennt.

Das Urteil über das Vorliegen einer Pflichtwidrigkeit kann aber auch von der Kenntnis weiterer Umstände abhängen. Insoweit sind weitere Nachforschungspflichten möglich. Darf beispielsweise ein SN erkennbar erst nach Fälligkeit der gesicherten Forderung verfügen, so muß D die Fälligkeit der Forderung nachprüfen. Darf ein TH nur unter Zustimmung des TG oder eines

247) oben S. 149 bei Anm. 234.

248) Entsprechende Rückfragen wurden auch verlangt in RG JW 1936, 643 (644); RG JW 1931, 2229 (2239); RGZ 143, 196 (201).

Dritten verfügen, so muß D sich über das Vorliegen der Zustimmung vergewissern.²⁴⁹⁾

Solche zusätzlichen Nachforschungspflichten bestehen aber nur, soweit es sich um das Vorliegen bestimmter tatsächlicher Voraussetzungen handelt. Soll also etwa ein TH nach seinem Ermessen zweckmäßige Verfügungen treffen, so braucht D nicht zu prüfen, ob der TH unbewußt eine unzumutbare Verfügung trifft.²⁵⁰⁾

249) vgl. dazu Scott, § 297.5 und die Entscheidung Suarez v. Montigny, 37 N.Y. Supp. 503 (1896). (D hatte versäumt, die Trust-Urkunde einzusehen. Aus ihr war die Erforderlichkeit der Zustimmung zu ersehen).

250) Zu unbewußt "schlechten Geschäften", vgl. schon oben S. 114 f.

V. Zusammenfassung

Unsere Untersuchung über die Rechtsstellung des D läßt sich nunmehr wie folgt zusammenfassen:

Weiß D, daß der TH seine treuhänderischen Pflichten bewußt verletzt und dadurch den TG schädigt, so handelt er sittenwidrig. Infolge beiderseitiger Sittenwidrigkeit ist dann das Verpflichtungsgeschäft und die Verfügung nichtig.

Hätte D erkennen können, daß der TH bewußt oder unbewußt einen Treubruch begeht, so liegt in seinem Verhalten ein Verstoß gegen Treu und Glauben. Das ergibt sich sowohl für die Verwaltungs- wie auch für die Sicherungstreuhand aus dem im bisherigen Anwendungsbereich der Mißbrauchslehre bereits anerkannten Grundsatz, daß D sich an keinem Rechtsgeschäft beteiligen darf, durch das jemand seine irgendwie begründete Verfügungsmacht über wirtschaftlich fremdes Vermögen erkennbar mißbraucht. Verletzt D diese dem § 242 BGB entspringende Schutzpflicht, so ist der TG berechtigt, unter entsprechender Anwendung der §§ 346 ff BGB die Rückabwicklung des Geschäfts zu verlangen. Er kann also u.a. Rückgabe des veruntreuten Gegenstandes an den TH oder - sofern er das Innenverhältnis zum TH kündigen kann - unmittelbar an sich selbst verlangen.

Nachforschungspflichten des D sind nur anzunehmen, wenn erstens das Bestehen eines Treuhandverhältnisses offenkundig oder dem D bekannt bzw. infolge ganz besonderer Umstände zumindest erkennbar ist und zweitens besondere Umstände den Verdacht eines Treubruchs nahelegen.

Konnte D den Treubruch nicht erkennen und erhielt er den Gegenstand unentgeltlich, so ist er in analoger Anwendung des § 816 Abs.1 Satz 2 einem Kondiktionsanspruch des TG ausgesetzt.

In einigen Fällen der Verwaltungstreuhand kann darüber hinaus anstelle eines fiduziarischen Treuhandverhältnisses eine Ermächtigungstreuhand angenommen werden. Bei allen Inkassoverhältnissen ist im Zweifel eine Ermächtigungstreuhand zu vermuten. D erwirbt dann nur Eigentum, wenn eine Legitimationsübertragung oder ein sonstiger, vom TG veranlaßter Rechtsschein vorlag und D sich gutgläubig auf diesen Rechtsschein verlassen hatte.

Bei der Sicherungstreuhand kann zudem eine stillschweigende Resolutivbedingung vermutet werden, soweit der Sicherungsvertrag ausnahmsweise nicht ausdrücklich nur eine obligatorische Rückübertragungspflicht des SN statuiert. Insoweit kann D nur gutgläubig Eigentum erwerben.

Lebenslauf

Am 1.9.1935 wurde ich in Berlin als Sohn des Rechtsanwalts und Notars Dr.Konrad von Kries und seiner Ehefrau Dr.Löre, geb. Schröder, geboren.

Während des Krieges besuchte ich zunächst in Berlin und später in der Nähe von Beeskow/Spree und Bernburg/Saale die Volksschule. Im Jahre 1945 fiel mein Vater. Meine Mutter, meine Schwester und ich flohen nach Göttingen. Dort besuchte ich seit 1946 das humanistische Max-Planck-Gymnasium und legte an dieser Schule 1955 die Reifeprüfung ab.

Im Sommersemester 1955 begann ich in Göttingen das Studium der Rechtswissenschaft. Im folgenden Winter unterbrach ich das Studium und nahm an einem Werksemester des Evangelischen Studienwerks Villigst teil. Während dieses halben Jahres arbeitete ich als Hilfsarbeiter in einem großen Dortmunder Hüttenwerk.

Mein Studium setzte ich anschließend zunächst für zwei Semester an der Freien Universität Berlin und seit dem Sommersemester 1957 in Freiburg/Br. fort. Nach achtsemestrigem Studium legte ich am 19.12.1959 in Freiburg/Br. die Erste Juristische Staatsprüfung ab.

Am 15.3.1960 trat ich in den juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Niedersachsen. Während eines einjährigen Sonderurlaubs studierte ich 1960/61 als Stipendiat an der Tulane University in New Orleans, Louisiana, U.S.A. Dort erwarb ich am 29.5.1961 den Grad des Master of Laws (LL.M.). Anschließend unternahm ich eine dreimonatige Reise durch den nordamerikanischen Kontinent. Nach meiner Rückkehr setzte ich den Vorbereitungsdienst in Baden-Württemberg, Berlin und Niedersachsen fort. Am 31.10.1965 habe ich den Vorbereitungsdienst abgeschlossen.

